

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOANNA MARIA DE ARAÚJO SAMPAIO

**COERÊNCIA E INTEGRIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO:
Alternativas para uma jurisdição que leva os direitos a sério**

CURITIBA

2012

JOANNA MARIA DE ARAÚJO SAMPAIO

COERÊNCIA E INTEGRIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO:

Alternativas para uma jurisdição que leva os direitos a sério

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Vera Karam de Chueiri

CURITIBA

2012


TERMO DE APROVAÇÃO

JOANNA MARIA DE ARAÚJO SAMPAIO

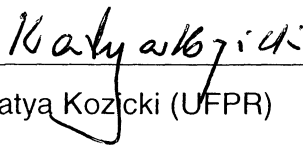
COERÊNCIA E INTEGRIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO:

Alternativas para uma jurisdição que leva os direitos a sério

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Prof^a. Dr^a. Vera Karam de Chueiri (orientadora - UFPR)



Prof^a. Dr^a. Katya Kozicki (UFPR)



Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto (UnB)

Curitiba, de de 2012.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, à minha orientadora, Professora Vera Karam de Chueiri, pela sua inspiração e motivação que não me deixaram desanimar por nenhuma pedra encontrada durante esses dois anos de mergulho acadêmico. O seu amor pelo direito me contagiou e me permitiu realizar este trabalho com tanta dedicação e carinho.

À Professora Katya Kozicki, agradeço pelo tempo e atenção despendidos com as dúvidas que surgiram ao longo da elaboração deste trabalho. O seu conhecimento, acessibilidade e compromisso com o magistério proporcionaram uma melhor compreensão da teoria de Hart.

Agradeço ao Núcleo de Pesquisa “Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas” da Universidade Federal do Paraná. Seus trabalhos, palestras, mesas redondas e conversas permitiram um aprofundamento na teoria constitucional e colaboraram para o refinamento desta dissertação.

Também agradeço às minhas irmãs pelos almoços de terças-feiras e por me escutarem e me ajudarem a resolver todos os problemas que me deparei – inclusive os acadêmicos.

Ao meu marido todos os agradecimentos são devidos. Além de seu carinho, amor, amizade e companheirismo incondicionais – os quais me proveram o suporte emocional necessário para concluir esta empreitada –, também me auxiliou em grande parte na revisão deste trabalho.

Agradeço aos meus pais por não apenas me dar à luz e criarem com todo o amor, carinho e dedicação, mas por me mostrarem o valor da educação e da cultura em minha vida. Sem tais exemplos não seria a pessoa que sou hoje.

Finalmente, agradeço ao meu padrasto pelo exemplo de vida e pelo carinho e incentivo que demonstrou durante todos esses anos.

Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito.

Ronald Dworkin, em Uma questão de princípio.

RESUMO

A aplicação do direito é um tema de grande importância para a teoria das decisões judiciais. A decisão judicial não pode ser concebida como fruto de mera aplicação automática de regras gerais e abstratas, pois pertence a um momento distinto da criação legislativa e executiva. Conforme a teoria de Klaus Günther, a decisão judicial possui lógica e estrutura próprias que visam à adequação imparcial de uma norma abstrata a um caso específico. A teoria de Dworkin igualmente corrobora a idéia de dois momentos distintos ao determinar a diferença argumentativa entre decisões judiciais e decisões legislativas (ou executivas). Para estas é aceitável a utilização de argumentos de política, enquanto que para aquelas o mais adequado é a utilização de argumentos de princípio. O momento da aplicação deve – especialmente nos casos considerados como difíceis, nos quais não exista uma norma que ofereça uma resposta clara e inequívoca – apresentar uma integridade em relação a todo o ordenamento. Tal integridade é exposta por Dworkin como idéia chave de seu conceito de direito, na qual o direito só pode ser pensado enquanto regulado por uma comunidade de princípios. A comunidade de princípios determinará o direito a ser aplicado no caso específico e fornecerá uma resposta para o caso concreto, a qual será a melhor resposta. A exigência da resposta certa para um caso único e irrepetível encontra-se na necessária responsabilização dos juízes e no seu compromisso com o Estado Democrático de Direito visando proteger os direitos fundamentais dos cidadãos.

Palavras-chave: Aplicação do direito. Teoria das decisões judiciais. Jurisdição constitucional. Ronald Dworkin. Klaus Günther. Integridade.

ABSTRACT

The application of Law is a matter of great importance for the theory of adjudication. The judicial decision cannot be perceived as the result of mechanical application of general and abstract rules, as it belongs to a distinct moment of the legislative and executive creation. According to Klaus Günther's theory, judicial decision has its own logic and structure that aims at an impartial adequacy of an abstract rule for a specific case. Dworkin's theory equally corroborates the idea of two distinct moments by determining the argumentative difference between judicial and legislative (or executive) decisions. For these latter is acceptable to use arguments of policy, while for the former the most adequate is the use of arguments of principle. The moment of application must – especially on those cases that are considered hard, to which there are no rules that bring a clear and unequivocal answer – provide an integrity regarding the whole legal system. Such integrity is exposed by Dworkin as a key idea of his concept of law, in which the law can only be thought of while regulated by a community of principles. The community of principles will determine the law to be applied in the specific case and provide an answer to the concrete case that will always be the best answer. The requirement of the right answer to a unique and unrepeatable case is necessary to the responsibility of judges and their commitment to the Democratic Rule of Law in order to protect the fundamental rights of citizens.

Keywords: Law application. Theory of adjudication. Constitutional jurisdiction. Ronald Dworkin. Klaus Günther. Integrity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I. O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DO DIREITO	14
I.1. Positivismo jurídico – Aplicação e casos difíceis em Hart.....	14
I.2. Pragmatismo jurídico – Aplicação e casos difíceis em Posner	25
I.3. A (hermenêutica) crítica de Dworkin - Aplicação e casos difíceis em Dworkin.....	34
I.3.1. O direito como “plain fact”	34
I.3.2. A concepção pragmática da prática jurídica.....	44
II. O MOMENTO DA APLICAÇÃO DO DIREITO	50
II.1. Günther – coerência	54
II.1.1. A configuração do Princípio “U”	56
II.1.2. Normas <i>prima facie</i> e normas definitivas	64
II.1.3. O ideal da norma perfeita: validade e aplicação.....	72
II.1.4. Argumentação de adequação	74
II.1.5. O sistema jurídico e a indefinição.....	78
II.2. Dworkin – integridade	87
II.2.1. O direito como integridade	87
II.2.2. O papel político do juiz e a construção do direito	98
II.2.3. A resolução de casos difíceis.....	119

III. A APLICAÇÃO DO DIREITO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O CASO DA UNIÃO HOMOAFETIVA.....	135
III.1. Resumo do caso e voto do relator.....	136
III.2. Análise do voto do relator	142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	153

INTRODUÇÃO

A aplicação do direito não é meramente uma continuidade do processo de criação de normas. O juiz ao decidir um caso específico não faz simplesmente uma subsunção do fato à norma. É necessário um maior aprofundamento desse momento tão caro para o direito que é o da sua aplicação.

A regra não resolve o problema da aplicação. Ao contrário, ela gera mais complexidade. A racionalidade iluminista, ao pressupor que o aumento da codificação resolveria o problema da aplicação do direito fracassa ao encarar o problema de aplicar normas gerais e abstratas às situações únicas e irrepetíveis. A codificação, ao invés de simplificar o direito, o torna ainda mais complexo ao dificultar a transposição do direito ao mundo real:

“Na modernidade, a edição de normas gerais, hoje sabemos bem, não elimina o problema do Direito, tal como ansiado nos dois paradigmas anteriores e neles vivencialmente negado, mas pelo contrário, o inaugura. O problema do direito moderno, agora claramente visível graças à vivência acumulada, é exatamente o enfrentamento consistente do desafio de se aplicar adequadamente normas gerais e abstratas a situações de vida sempre individualizadas e concretas, à denominada situação de aplicação, sempre única e irrepetível, por definição. O direito moderno, enquanto conjunto de normas gerais e abstratas, torna a sociedade mais e não menos complexa”¹.

Isso porque cada situação de aplicação é especial e não pode ser controlada por um texto abstrato que não tem condições de analisar todas as possíveis situações de aplicação. Assim, a aplicação de uma regra é repleta de contradições, pois exige que se conserve a lei ao mesmo tempo em que a reinvente em cada situação:

“O novo frescor, o caráter inicial desse julgamento inaugural pode repetir algo, ou melhor, deve ser conforme a uma lei preexistente, mas a interpretação reinstauradora, re-inventiva e livremente decisória do juiz responsável requer que sua ‘justiça’ não consista apenas na conformidade, na atividade conservadora e reprodutora do julgamento. Em suma, para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra,

¹ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 127.

conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, re-justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio. Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir”².

Essa aporia exposta por Jacques Derrida, demonstra a impossibilidade de se reger uma experiência única e irrepetível por uma norma geral e abstrata. Assim, a aplicação do direito deve – ao mesmo tempo que respeita a lei – recriá-la para poder decidir um fato totalmente novo e impensado. Portanto, a segurança do direito não pode ser buscada no texto e por isto a necessidade de se entender o momento da aplicação do direito como autônomo do momento da sua criação. Assim, definindo-se os limites e fundamentos deste momento único e especial, é possível garantir uma maior segurança ao direito do que a encontrada no mito iluminista da codificação.

Dessa maneira, o objetivo deste trabalho de dissertação é aprofundar no momento da aplicação do direito, explicitando os seus limites e seus fundamentos, com o intuito de oferecer uma resposta crítica ao problema da aplicação do direito em nossa jurisdição constitucional.

No primeiro capítulo trabalhamos com o problema da aplicação do direito e de que maneira algumas correntes jurídicas lidam com a aplicação do direito nos casos difíceis. Primeiramente, analisamos o positivismo jurídico de Hart e a sua resposta frente ao que ele chama de “textura aberta do direito”, quando o autor admite uma abertura no sistema de direito que não pode ser definida pela regra. Após, analisamos o pragmatismo jurídico de Richard Posner, que permite uma maior liberdade jurisprudencial, não apenas em relação a casos não regulados por normas, mas sempre que o interesse coletivo em determinado sentido supere a necessidade de segurança jurídica. Finalmente, expomos como a hermenêutica crítica de Ronald Dworkin lida com esse problema em contraposição com essas duas correntes jurídicas.

O segundo capítulo – o momento da aplicação do direito – é dividido em duas partes. A primeira trata da visão de Klaus Günther sobre o momento da aplicação do direito. Em sua visão, este momento é distinto do momento de

² DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 44.

fundamentação do direito, no qual as normas seriam criadas. Nessa parte, mostramos como é possível integrar o ideal de universalidade, descrito pelo princípio “U”, com a aplicação do direito em casos concretos, por meio de uma adequação imparcial e coerente.

A segunda parte trata da visão de Dworkin de direito como integridade. Com base numa distinção entre decisões fundamentadas em argumentos de política e em decisões fundamentadas em argumentos de princípio Dworkin demonstra a sua idéia de distinção entre a atividade do Judiciário em relação à atividade do Legislativo e do Executivo. A integridade do direito fornece as bases para a fundamentação da argumentação no momento da aplicação do direito, ao focá-la numa hermenêutica principiológica que confere direitos aos cidadãos de um Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo foi assim diagramado para demonstrar a complementaridade entre os pensamentos desses dois autores, pois não é possível compreender Dworkin sem previamente compreender Günther. A ligação entre os dois autores é profunda e de mútua complementação. Juntos, eles conferem ao momento da aplicação uma explicação racional e uma argumentação própria. Por este motivo, durante essa dissertação, incorporamos as falas de ambos autores, assumindo seus posicionamentos.

Como um estudo sobre a aplicação do direito não poderia prescindir, no terceiro e último capítulo, a título de conclusão, analisamos a prática constitucional brasileira, de maneira a oferecer uma resposta crítica teórica, sem perder de vista os problemas práticos enfrentados em nossa jurisdição. O objeto de estudo foi o caso da união homoafetiva (ADPF nº 132-RJ e ADI nº 4.277-DF), recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que escolhemos por apresentar uma decisão polêmica que gira em torno de direitos fundamentais e representa um caso de difícil aplicação do direito pátrio. Tanto a Constituição quanto as leis ordinárias não oferecem uma resposta clara ao problema da união homoafetiva, por isto, o Judiciário se depara com uma questão que demanda a análise de princípios e de uma adequação do sistema jurídico a uma situação específica posta perante o tribunal.

Com isso, esperamos concluir a dissertação oferecendo uma resposta crítica aos problemas que a aplicação gera – especialmente no direito brasileiro –, com os referenciais teóricos de Ronald Dworkin e Klaus Günther. Esses dois autores foram

especificamente utilizados, pois, além de oferecerem uma resposta adequada ao problema da aplicação do direito, são pouco compreendidos na doutrina e jurisprudência brasileiras – apesar de serem proficuamente citados.

O primeiro contato com tais autores se iniciou em trabalho de conclusão de graduação de direito na Universidade Federal do Paraná acerca da teoria das decisões judiciais”³. Optamos por seguir com a pesquisa nesta dissertação a qual, esperamos, adquiriu uma maturidade maior, ao aprofundarmos nos trabalhos de Günther e Dworkin com foco na questão da aplicação. A percepção de que qualquer discussão acerca das decisões judiciais – sobretudo quando direitos fundamentais estão em questão – exige um mergulho profundo na filosofia e teoria do direito nos desafiou e instigou. Com isso, podemos afirmar que a teoria constitucional contemporânea revigorou as discussões de filosofia e teoria do direito.

Inicialmente o presente trabalho foi elaborado dentro da crítica ao direito constitucional dogmático, entretanto, na medida em que nos aprofundávamos na teoria das decisões judiciais, nos deparamos com a necessidade de estudarmos o momento da aplicação e a sua inextrincável relação com a filosofia e a teoria do direito. Como que com vida própria, o trabalho tomou dimensões não previstas nos primeiros estágios de pesquisa e rumou a vereda da filosofia e da teoria geral do direito, antes não imaginadas se não como base para a teoria constitucional que seria analisada.

Acreditamos que o diferencial deste trabalho de dissertação reside na união entre a teoria e a prática – aliás, é isso que o momento da aplicação significa. Dessa maneira, não nos contentamos com pré-questionamentos a cerca da aplicação do direito, mas mergulhamos nas turbulentas e caudalosas águas da filosofia, na “dobradinha” Günther-Dworkin, cujas reflexões só são teóricas porque, ao mesmo tempo, tratam de situações concretas de vida.

³ A pesquisa nesse sentido avançou para o artigo publicado na Revista de Direito FGV, sob o título “Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91”. Ver CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. *Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91*. Revista Direito GV, São Paulo, 5(1), jan./jun. 2009.

I. O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DO DIREITO

Neste capítulo veremos como algumas correntes do pensamento jurídico moderno lidam com a questão da aplicação do direito. Considerando que o marco teórico do trabalho centra-se, em parte, na filosofia jurídica de Ronald Dworkin, dialogaremos com as concepções de H. L. A Hart e Richard Posner com o intuito de mostrar a oposição de Dworkin às teorias da aplicação do direito propostas pelo positivismo jurídico mais atenuado de Hart e pelo pragmatismo de Posner.

I.1. Positivismo jurídico – Aplicação e casos difíceis em Hart

Todos nós podemos dar exemplos do que seja ou não seja direito. Existem “casos-padrão”, em que sabemos claramente que algo é direito. Entretanto, também existem “casos controvertidos”, nos quais não existe um argumento claro e conclusivo que determine a sua classificação como direito. Dessa maneira, a conceituação de direito por meio de “casos-padrão” é insuficiente e desnecessária, pois são os casos controvertidos que de fato nos levam a perscrutar o conceito do direito.

Para Hart, uma questão fundamental que aparece recorrentemente quando se trata de conceituar o direito diz respeito à natureza das regras⁴ e à sua relação com o direito. Apesar da regra ser um elemento essencial no conceito de direito, muitas críticas são feitas ao seu caráter primordial na constituição do direito. Em casos simples, as decisões dos juízes podem ser uma consequência clara das regras jurídicas, entretanto, em casos controversos, sempre há um espaço de escolha do juiz, pois Hart admite que as regras possuam uma textura aberta, que impede que a sua aplicação seja lógica e clara.

⁴ Regra (rule) é a palavra utilizada por Hart ao que na nossa tradição romano-germânica “corresponde” à noção de norma. Inclusive na tradução de “O Conceito de Direito”, feita por A. Ribeiro Mendes, algumas passagens encontram-se traduzidas como “regra”, enquanto que na tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara nas mesmas passagens há a menção à palavra “norma”.

Nesses casos, os juízes apenas dão a impressão de “descobrirem” o direito por meio de uma dedução lógica. Na verdade, o que acontece é que eles “fazem” o direito⁵. A crença de que o direito pode ser definido pelas suas regras é um mito. Hart coloca uma questão precisa quanto à conceituação do direito: em que medida o Direito pode ser uma questão de regras?

A tendência a acreditar que uma regra determina e limita o alcance do direito é fantasiosa, pois supõe que a aplicação desta regra clara e precisa será feita mediante um simples silogismo lógico e consequente, na qual os valores e preconceitos dos aplicadores não irão penetrar a couraça legislativa e influenciar a decisão. Para Hart, por vezes, o direito, por ser linguagem, é insuficiente para limitar a sua própria aplicação:

“Mesmo quando se utilizam normas gerais formuladas verbalmente, podem surgir, em casos concretos específicos, incertezas quanto ao tipo de comportamento por elas exigido. As situações de fato, particulares, não esperam por nós já diferenciadas entre si e rotuladas como exemplos da norma geral cuja aplicação está em pauta; nem a norma geral pode se adiantar para demarcar seus próprios exemplos. Não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer”⁶

Existem casos em que a aplicação é clara e provoca relativamente poucas dúvidas, entretanto, há outras situações em que a aplicação se encontra numa zona cinzenta. A regra pode não fornecer uma aplicação incontroversa para um caso particular e os cânones da interpretação, apesar de ajudarem a minorar as dúvidas, não serão suficientes para eliminar as incertezas, pois eles mesmos exigem interpretações.

A regra, normalmente assinala um exemplo vinculante, que se constituiria num caso de aplicação evidente. Para Hart, esse exemplo se assimilaria a um precedente (um exemplo dotado de autoridade), porém, a linguagem da regra fornece uma limitação mais rigorosa e permanente. A aplicação de uma regra a um caso controverso implicaria numa escolha do aplicador pela decisão mais assemelhada ao exemplo vinculante da regra. Esta incerteza apresentada pela regra é fruto de uma característica geral da linguagem humana a qual Hart denomina de *textura aberta*.

⁵ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 16.

⁶ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 163-164.

A imperfeição da linguagem humana aparece sempre que tentamos ordenar um comportamento de maneira antecipada e geral. Para Hart, essa imperfeição ocorre por duas razões: a nossa relativa ignorância dos fatos e a nossa relativa imprecisão do objetivo⁷. O legislador não tem como prever todas as possibilidades de aplicação da regra abstrata, por isto, essa imprevisão acaba por comprometer a precisão dos objetivos.

Um objetivo é pensado a partir de casos claros que conseguimos prever, contudo, quando casos controversos e imprevisíveis à época da elaboração da lei surgem, os objetivos antes colocados como primordiais terão de ser analisados à luz de novos objetivos que o caso controverso coloca em pauta.

Hart alerta para o formalismo ou conceitualismo em relação às regras que procura disfarçar e minimizar a necessidade de uma escolha do aplicador em situações controversas. Uma maneira de fazer isso seria por meio do congelamento do sentido da regra, ou seja, fixando o sentido da regra de modo que ela tenha o mesmo significado independentemente do caso a ser aplicado. Esta é uma maneira de garantir a certeza e a previsibilidade da regra por meio de um julgamento prévio. Tal técnica acaba por perder o objetivo da regra, que, dependendo do caso, uma aplicação estrita da regra pode vir a deturpá-lo.

Por outro lado, o ceticismo em relação às regras nega a existência de regras no sistema jurídico, afirmando que o direito consistiria apenas nas decisões dos tribunais. Apesar do direito possuir uma textura aberta, não é possível afirmar que não existem regras dentro do ordenamento⁸. Primeiramente, podemos afirmar que existem ao menos as regras que estabelecem a autoridade das decisões dos tribunais e outorgam jurisdição a determinados indivíduos. Ainda, não se pode dizer que os tribunais julgam de maneira totalmente livre e que não possuem nenhum parâmetro para proferir suas decisões. Por mais que as regras possuam uma textura aberta, elas sempre colocam limites para a atuação dos tribunais e mesmo que muitas decisões judiciais sejam “intuitivas”, a grande maioria se esforça para obedecer às regras.

Apesar das regras não limitarem totalmente o direito, não é possível afirmar que elas não possuem nenhuma influência nele. Para Hart, as regras irão determinar

⁷ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 166.

⁸ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 177.

o direito na maioria dos casos. Apenas na aplicação da regra em casos controversos, quando se evidencie a textura aberta, é que o juiz poderá decidir de maneira não vinculada à regra, ou seja, com liberdade⁹.

Assim, nos casos controversos, o juiz irá decidir com liberdade, de modo a criar um novo direito enquanto aplica o direito previamente estabelecido por meio das regras. Hart ressalta que o juiz não pode decidir de maneira totalmente abstrata, entretanto, a escolha do juiz, nos casos em que não há uma resposta clara dada pelas leis, será feita de acordo com as suas próprias convicções e valores, como se fosse um legislador segundo¹⁰.

Para o autor, nesses casos, o juiz possui uma “função legislativa inevitável”¹¹. Entretanto, essa conclusão permite a crítica de que Hart não toma o devido cuidado em distinguir a atuação legislativa da judiciária, na medida em que admite que os juízes, em determinados casos, possam atuar como se fossem legisladores. O problema democrático de permitir com que juízes não eleitos pelo povo decidam de maneira a suprir uma atividade legislativa não é considerado relevante para Hart¹².

Ainda que essa função legislativa secundária não seja tão ilimitada quanto a primária, pois o juiz sempre se baseia em princípios e analogias, o juiz ao final irá escolher uma resposta que não pode ser prevista pelo ordenamento e que depende das suas opções pessoais. Nesse sentido, apesar de não ser totalmente arbitrária, a resposta do juiz em casos controversos será livre.

⁹ Na tradução de “O Conceito de Direito”, de Antônio de Oliveira Sette-Câmara (HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 165) consta o termo “discricionário” em relação à palavra “discretion” no original (HART, H.L.A. *The concept of law*. London: Oxford University Press, 1975, p. 124). Entretanto, optamos por utilizar a palavra livre, por possuir maior coerência com o texto do autor.

¹⁰ “haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como fazia um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções. HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 352.

¹¹ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 354.

¹² GUEST, Stephen. Two strands in Hart’s theory of law. In: Stephen Guest (Org.). *Positivism Today*. England: Dartmouth, 1996.p. 42.

Ao elaborar o conceito de textura aberta do direito, Hart se distancia do modelo positivista¹³, pois admite que o direito não é um sistema fechado de regras¹⁴, já que existiriam situações que o Legislativo não conseguiria determinar ou mesmo prever. Apesar dessa abertura, seu conceito de direito continua arraigado à noção de regra jurídica.

Para Hart, as regras jurídicas seriam divididas em primárias e secundárias. Essa divisão se daria com base na necessária distinção entre obrigações jurídicas e a ameaça a um mal. Para distinguir a obrigação jurídica da simples ameaça a um mal deve-se considerar que, apesar da lei ser uma ordem baseada numa ameaça dada por uma pessoa às outras, ela vincula igualmente as pessoas que a criaram, visto que a idéia de um soberano que é obedecido e isento de todas as limitações não foi capaz de se sustentar dentro do sistema jurídico moderno¹⁵.

Portanto, para que fosse possível conciliar o ideal de auto-vinculação da legislação com a teoria que a lei é uma ordem dada a outros, foi necessário criar uma distinção entre os legisladores enquanto atores oficiais que dão ordem a outros e os legisladores enquanto particulares que obedecem estas mesmas ordens.

Para tanto, é necessário que exista uma regra que defina os requisitos para legislar, assim, acatando esta regra, os legisladores serão investidos de uma personalidade autônoma oficial que contrastará com a sua personalidade privada.

Então, Hart distingue as regras em dois tipos distintos: as primárias ou básicas, que exigem das pessoas uma ação ou abstenção; e as secundárias ou parasitas, que permitem extinguir ou modificar regras antigas e criar regras novas ou fiscalizar a sua aplicação. Enquanto a primeira impõe deveres, a segunda atribui poderes públicos ou privados.

As primárias seriam aquelas que exigiriam uma ação ou abstenção dos indivíduos. Já as secundárias permitiriam que os indivíduos criassem, modificassem

¹³ Nesse sentido, conferir a postura de Hans Kelsen em relação ao sistema jurídico: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁴ KOZICKI, KÁTYA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997, p. 146.

¹⁵ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 104.

ou extinguissem regras. Assim, enquanto àquelas imporiam deveres, estas atribuiriam poderes aos indivíduos.¹⁶

As regras secundárias seriam divididas em três, de acordo com a sua qualidade de solucionar os defeitos das regras primárias¹⁷. As regras de reconhecimento irão resolver o problema da incerteza das regras primárias - de qual regra seria aplicável ao caso ou quando não houver uma regra aplicável -, assim, seriam responsáveis por conferir validade às regras jurídicas.¹⁸ As regras de alteração irão resolver o defeito da estática das regras primárias, por meio da atribuição de poderes a um indivíduo ou órgão para introduzir novas regras ou eliminar as antigas. E, finalmente, as regras de julgamento seriam capazes de remediar a ineficácia das regras primárias, por meio da identificação dos indivíduos que deverão julgar um caso e o processo a ser seguido¹⁹.

Entretanto, a redução do direito a esse sistema de regras limita a concepção de direito de Hart, impedindo que o direito abarque outras realidades que escapem a esse sistema. Por isso, mesmo Hart admitindo que exista uma textura aberta no direito - isto é, que existem situações que não se enquadrem a esse sistema - sua concepção ainda simplifica muito a realidade, pois admite o direito como um sistema auto-regulado²⁰. Não obstante, sua teoria apresenta contradições, provenientes do confronto entre sistema de regras e textura aberta.

Parece estranho que o positivismo jurídico, inclusive o de Hart - o qual limita a decisão judicial à simples aplicação das regras -, possa permitir uma atuação livre do juiz, aceitando que ele, em certos casos, decida como entender melhor. Mas a idéia positivista de reduzir o direito às regras, sendo que os direitos individuais

¹⁶ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 91.

¹⁷ “A introdução da correção para cada um dos defeitos mencionados poderia ser considerada, em si mesma, uma etapa da transição do mundo pré-jurídico ao jurídico, pois cada recurso corretivo traz consigo muitos dos elementos que permeiam o direito: certamente, combinados, os três recursos bastam para converter o regime de normas primárias em algo que é indiscutivelmente um sistema jurídico”. HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 121-122.

¹⁸ KOZICKI, KÁTYA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997, p. 142.

¹⁹ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 104 - 106.

²⁰ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995, p. 93.

seriam apenas *backgroundrights* para a aplicação das mesmas, levaria a dois resultados distintos. Por um lado o juiz deve simplesmente aplicar a lei ao caso, sem maiores questionamentos, por outro, em caso de uma lacuna na lei, o juiz deverá “escolher” (livremente) o direito aplicável ao caso.

Outro aspecto importante para Hart, que surge quando tentamos ter uma idéia do que seja o direito, é a sua relação com a moral. A relação entre direito e moral é de difícil delimitação, pois ambos partilham uma mesma linguagem e o direito costuma reproduzir algumas normas morais fundamentais. Outra relação complexa é a com a justiça, pois parece que o direito consistiria num ramo da mesma, na qual ele deveria se conformar aos princípios de justiça. De acordo com o direito natural²¹, a essência do direito seria a sua congruência com os princípios da moral e da justiça. Como então é possível diferenciar e relacionar a obrigação jurídica da moral e da justiça?

Para Hart, apesar de muitos juristas definirem as leis como justas ou injustas – e de fato a justiça teria um papel importante dentro do direito –, a justiça seria apenas um segmento da moral²². É algo mais específico do que apenas falar que algo é bom ou mau. A justiça transmite uma idéia de equidade, a qual não é coincidente com a noção de moral. Os principais usos da equidade ocorrem em situações de distribuição entre classes de indivíduos e de compensação por danos causados. A noção de igualdade permeia a idéia desses usos da equidade. Como os indivíduos estão em relativa posição de igualdade entre si, os encargos e benefícios devem ser distribuídos e os prejuízos reparados de maneira equilibrada.

Para Hart, a equidade na aplicação do direito significaria aplicar uma mesma norma geral a casos diferentes, sem que preconceitos ou interesses pessoais interferissem na decisão. Entretanto, isso não seria suficiente para afirmar que o direito é justo ou injusto. As normas, para serem consideradas justas, devem seguir

²¹ Hart utiliza da expressão “positivismo jurídico” para designar “a afirmação simples de que não necessariamente é verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou as satisfaçam, embora de fato o tenham feito com certa frequência” e “direito natural”, para designar “a idéia de que há certos princípios do comportamento humano, que aguardam serem descobertos pela razão, aos quais a lei humana deve se adaptar para ser válida”. HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 240.

²² HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 206.

uma determinada moral que aponte quais sejam essas igualdades e diferenças entre os cidadãos²³.

Contudo, assim como a moral moderna²⁴ prega a igualdade intrínseca entre os seres humanos, é possível que se imagine uma moral que pregasse pela distinção entre as pessoas em categorias, nas quais alguns seriam naturalmente livres e outros seriam naturalmente escravos – no caso da distribuição –; ou então se pode pensar num código moral que permitisse que os gregos atacassem um bárbaro, mas que os bárbaros não pudessem atacar um grego sem ser obrigado a reparar o dano causado – no caso da reparação²⁵. Em ambas as hipóteses, a lei só seria justa na medida em que considerasse a desigualdade dessas pessoas.

Ainda, é possível que a equidade seja mitigada em nome do benefício da segurança ou do bem estar da sociedade. Assim, alguém poderia ser punido mais severamente que outros por razões de segurança, para constituir uma advertência para a comunidade. Nesses casos, busca-se uma “justiça social”, distinta das formas primárias da justiça, que se baseiam na equidade. Normalmente, as mudanças sociais não agradam, nem favorecem equitativamente a todos. Essa opção pelo bem comum significa que os interesses de todos foram avaliados de maneira imparcial para se chegar a um denominador comum.

Ocorre que a justiça é apenas um segmento da moral, que leva em consideração classes de indivíduos e não condutas individuais. Entretanto, o direito não abrange apenas essa realidade. A moral, analisada de uma maneira mais ampla, também é utilizada para criticar e modificar o direito. Para Hart, a moral possui duas grandes dificuldades: possuir a sua própria textura aberta, sobre quais são os seus princípios e normas e quais não são; e definir o seu *status* em relação ao restante do conhecimento: seria ela descoberta ou escolhida pelo homem?

²³ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 208-209.

²⁴ No contexto, adotamos o sentido de moral moderna como a moral iluminista ligada à idéia de igualdade: *“a desigualdade moral, autorizada unicamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não ocorre, juntamente e na mesma proporção com a desigualdade física (...), pois é manifestamente contra a lei da natureza, seja qual for a maneira por que a definamos, uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um sábio, ou um punhado de pessoas regurgitar superfluidades enquanto à multidão faminta falta o necessário”*. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. In: *Os Pensadores*, V. XXIV, São Paulo: Abril, 1973, p. 288.

²⁵ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 214.

A moral específica de uma sociedade possui obrigações e deveres primários que constituem a base da moral convencional da comunidade. Ela se diferencia por estar vinculada a uma forte pressão social que exige do indivíduo uma ação ou abstenção por meio de um sacrifício considerável. Esses deveres e obrigações possuem tanta importância que são considerados de obediência natural, na medida em que o seu acatamento não merece prestígio, enquanto que o seu desacato provoca uma censura severa.

Essas normas morais possuem algumas similaridades em relação às normas jurídicas: uma forte pressão pelo seu cumprimento, a naturalidade da sua obediência e o seu caráter contínuo de regramento do comportamento humano para a convivência em sociedade. Entretanto, o problema reside na elaboração de uma diferenciação relativamente consensual entre moral e direito. Hart coloca então quatro características principais da moral que ajudariam na distinção entre obrigações morais e jurídicas²⁶.

A primeira característica diz respeito à *importância* que algo deve possuir para ser considerada uma norma moral. As normas morais devem limitar interesses pessoais para uma melhor convivência, e para que essas normas sejam obedecidas elas devem ser consideradas por todos como muito importantes. Se uma determinada norma moral não for considerada importante, ela simplesmente não será uma norma moral. O mesmo não ocorre com as normas jurídicas, as quais mesmo que sejam consideradas desimportantes pela coletividade, elas continuam sendo normas jurídicas, até que sejam revogadas.

A segunda diz respeito à *imunidade à modificação deliberada*. Uma norma moral não pode ser criada, alterada ou extinta por uma atuação humana deliberada. A legislação pode alterar uma norma jurídica, mas apenas afetará secundariamente uma norma moral. Pode ser que uma lei que proíba uma determinada prática acabe, com o tempo, por extinguir uma obrigação moral, mas isso não é uma regra.

Por terceiro, têm-se o *caráter voluntário das infrações morais*, segundo o qual a moral se preocupa com o aspecto interno da ação, enquanto o direito se preocuparia com o aspecto externo. Entretanto, não se pode afirmar que o direito não se preocupe com o aspecto interno, pois ele normalmente prevê diferenciações entre as condutas humanas passíveis de controle. A moral, por sua vez, também se

²⁶ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 218.

preocupa em controlar o aspecto externo da conduta, mas estipula a necessidade da pessoa poder controlar a ação para a sua responsabilização.

Finalmente, a moral possui uma *forma de pressão* distinta. Enquanto a forma de pressão do direito é a ameaça a um mal maior, a forma de pressão da moral é principalmente a interna: os sentimentos de vergonha e culpa – ainda que possam ser vislumbradas ameaças relativas às reações hostis por parte da sociedade.

Hart deixa claro que esses critérios são apenas formais, não possuem o objetivo de distinguir quais normas são morais por meio de uma análise do seu conteúdo e nem buscar um escopo para as normas morais dentro da sociedade: *“adotamos intencionalmente uma interpretação mais ampla da moral, para incluir nela todas as normas e padrões sociais que, na prática real de uma sociedade, apresentam as quatro características que mencionamos”*²⁷.

Como positivista, Hart não acredita numa fusão entre direito e moral. O direito, para o autor, não é uma manifestação da moral e seu conceito não está vinculado a ela. Entretanto, diferentemente do positivismo de Kelsen, que, apesar de admitir a influência de matérias estranhas ao direito, procurou separar a ciência jurídica de toda influência externa²⁸, Hart admite que a moral influencia fortemente o direito. Nesse aspecto, ele abre o sistema jurídico para outras influências e relativiza a hegemonia das regras dentro do ordenamento.

Para o autor, a moral influencia o direito de várias maneiras. Apesar de uma regra não precisar ser considerada moral para ser válida, um sistema jurídico que não se baseie apenas na força – mas que também ilustre a moral de uma sociedade – pode ser mais estável e duradouro. Para que um controle social seja eficaz, as normas de um ordenamento devem ser inteligíveis, objetivando a compreensão e a obediência de todos, e não devem ser retroativas, admitindo-se a retroatividade

²⁷ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 234.

²⁸ Nesse sentido: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (...) Quando a teoria pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas [psicologia e a sociologia], fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas por que intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1-2.

apenas como exceção. Essas características das normas são intimamente relacionadas com as exigências da justiça.

A moral pode penetrar o direito também de forma direta (por meio das leis) ou indireta (através da aplicação do direito pelos juízes). Os juízes, tendo em vista a textura aberta do direito, ao interpretarem as leis acabam atuando de maneira criativa. Em situações de textura aberta, o juiz não irá simplesmente deduzir a decisão da lei, ele terá que escolher dentre os diversos valores morais envolvidos. A decisão deve corresponder aos parâmetros de imparcialidade e de neutralidade, entretanto, a escolha entre os diversos valores morais será livre na medida em que, para Hart, não haveria um único princípio moral que poderia oferecer uma resposta certa:

“A decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer”²⁹

A escolha de qual princípio moral aceitar ficaria a cargo do juiz, que atuaria de maneira criativa à semelhança de um legislador. Os únicos parâmetros que o juiz deve seguir nessa escolha são a ponderação e o equilíbrio, noções que quase em nada ajudam a limitar a sua atividade.

Apesar da aceitação de uma textura aberta das regras – que confere ao direito uma maior abertura sistêmica – no positivismo de Hart a noção de regra predomina na aplicação do direito. Na maioria dos casos a aplicação será feita de maneira direta. Apenas nos casos controversos, em que se evidencie a textura aberta de uma regra, a aplicação será indeterminável e livre.

Por outro lado, o pragmatismo de Posner quebra com a hegemonia da regra na aplicação do direito e foca o problema na prática jurisprudencial e na razoabilidade de uma decisão. No próximo tópico veremos mais detalhadamente a solução de Posner para o problema da aplicação do direito.

²⁹ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 264.

I.2. Pragmatismo jurídico – Aplicação e casos difíceis em Posner

Posner enfatiza o problema da interpretação no momento da aplicação da lei. Para ele a interpretação imaginativa (imaginar como o legislador resolveria um determinado caso) ou finalística (pensar em qual o fim social a que o legislador se propunha ao elaborar determinada lei) falham – pois não é possível realmente colocar-se no lugar de um legislador, ou pior, de um congresso, de outra época e outro contexto social – a decisão fica nas mãos do Judiciário para decidi-la de acordo com o seu próprio entendimento. Nesse caso, a interpretação da lei acaba se tornando uma criação de políticas públicas judiciais, o que sugere o grande problema da delegação de poderes. O Legislativo realmente teria delegado poderes ao Judiciário para que tomasse decisões em seu lugar?

Normalmente tenta-se escapar dessa atuação livre, mas assim como afirma Hart, os cânones da interpretação não são suficientes para suprir as lacunas deixadas pela lei. Assim, as pessoas acabam se dividindo entre aquelas que acreditam na soberania da vontade popular e prezam qualquer indicativo da intencionalidade do Legislativo e os que vêem no Judiciário uma boa forma de controlar os excessos democráticos e repudiam esse tipo de interpretação da intencionalidade sem que esteja fortemente embasada. Posner afirma que não há como escolher entre as duas posições, pois a interpretação “não é fundamentadora; assenta-se instavelmente sobre bases políticas transitórias”³⁰ e a atual diversidade da cultura jurídica acaba por aumentar a indeterminabilidade na interpretação.

Para Posner, a hermenêutica também não pode resolver o problema³¹. Ela coloca uma série de questões ao se interpretar textos, tais quais: a necessária contextualização da época e do lugar dos escritores, uma análise global dos textos e a imaginação para poder se colocar no lugar do autor e compreender os problemas

³⁰ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 392.

³¹ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 412.

que ele estava tentando resolver³². Entretanto, a aplicação desses corolários não ajudam a criar uma metodologia específica para aplicar objetivamente textos difíceis. A hermenêutica não ajudaria nem mesmo a decidir por uma interpretação rígida ou flexível, restritiva ou ampla. Essas escolhas são julgamentos políticos e demonstram a indeterminabilidade dos cânones interpretativos.

A justeza da interpretação vai depender da finalidade para qual ela é utilizada. Posner coloca o exemplo da utilização de parâmetros de interpretação musical para interpretar uma lei. Os parâmetros artísticos de beleza não podem guiar a interpretação de uma lei. Entretanto, como saber qual o objetivo da interpretação legal? Ele pode ser a fidelidade à intenção original, a certeza, a coerência, ou a consequência no ponto de vista pragmático. Para Posner, “talvez o melhor a fazer quando se invoca uma lei seja examinar as consequências de dar a quem a invoca aquilo que deseja, e então avaliar se tais consequências serão boas em termos gerais”³³. Não obstante, essa análise não permite que se desconsidere o texto, pois normalmente é possível que se determine qual é o propósito Legislativo e interprete-se de acordo com ele.

Posner não acredita que nos casos de imprecisão da interpretação o juiz deva agir como legislador. O juiz possui limites para julgar que não são encontrados na atividade legislativa: os termos da lei, os precedentes e a prudência. Estes limites nem sempre garantem uma decisão final, as vezes eles permitem que o juiz decida o caso com base numa diretriz política. Não obstante, a falta de mandato popular e a necessidade de justificação das suas decisões impõem aos juízes limites não impostos aos legisladores.

Uma vez que a indeterminabilidade não pode ser resolvida, a questão que se coloca é a de quanta liberdade deve ser concedida aos juízes para decidirem nos casos difíceis. Esta questão, segundo Posner, não pode ser resolvida de maneira teórica. Devemos obedecer ao Judiciário por ele ser o fiel protetor da nossa Constituição? Entretanto, a Constituição Americana, por exemplo, foi escrita por pessoas mortas há muito tempo. Que espécie de autogoverno teríamos se fôssemos

³² POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 399.

³³ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 402.

regidos pela “mão morta do passado”³⁴? Por outro lado, um juiz que permitisse que concepções modernas integrassem as suas decisões não estaria permitindo a influência das pessoas vivas (ainda que indiretamente) e, assim, fortalecendo a soberania popular? Ante tais questionamentos, Posner afirma que

“a questão da liberdade a ser concedida aos juízes é intratável no nível teórico; é preciso submetê-la a uma reformulação em termos empíricos e pragmáticos. Queremos que os juízes desempenhem um papel mais ou menos importante na condução e implementação das políticas governamentais? (...) A questão de saber se os juízes devem ser passivos, e não ativos, moderados, e não agressivos, deve ser encarada de frente, e não obscurecida por uma conversa interminável sobre a legitimidade”³⁵.

Entretanto, adverte que o ponto de vista pragmático não recomenda a assunção de um papel de mandante. Uma postura criativa do Judiciário deve partir do pressuposto de que ele é um agente dentro de uma estrutura no qual é subordinado à Constituição. A questão é determinar qual o limite dessa postura criativa e como desempenhar esse papel.

Para Posner, a importância de uma decisão não está na sua conformidade com o verdadeiro, nem na sua fundamentação em premissas anteriores (o chamado *pedigree* da decisão³⁶) e sim nas suas consequências. Essas consequências devem ser as reais e não as hipotéticas, como na teoria moral de Kant³⁷. Elas devem ter influência direta ou indireta para nós, neste momento e lugar específicos.

³⁴ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 184.

³⁵ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 185-186.

³⁶ Para Posner o *pedigree* de uma decisão judicial significa que ela pode ser considerada válida se for “*imparcialmente atribuível ao comando de uma autoridade superior – em outras palavras, que seja uma decisão com pedigree. (...) A abordagem pedigree tem por base a idéia questionável de por que as decisões judiciais são e devem ser obedecidas (isto é, devido ao fato de terem pedigree).*” POSNER. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 181-182.

³⁷ “*Revela esta analítica que a razão pura pode ser prática, isto é, pode determinar por si mesma a vontade, independentemente de todo elemento empírico (...). A natureza supra-sensível dos mesmos seres é, por outro lado, a existência deles segundo leis independentes de toda a condição empírica e que, portanto, pertencem à autonomia da razão pura. E como as leis segundo as quais a existência das coisas depende do conhecimento são práticas, a natureza supra-sensível, quando delas podemos formar um conceito, não é outra coisa além de uma única natureza sob a autonomia da razão pura prática.*” KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução: Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005, p. 44-45.

Assim, uma primeira característica³⁸ que Posner coloca como sendo um denominador comum a quase todos os pragmatistas³⁹, seria o anti-tradicionalismo e uma prática voltada ao futuro. O passado, apesar de importante para entender o presente, não pode exigir uma determinada postura nossa. Ele não deve limitar o presente a não ser que seja conveniente para o presente e o futuro.

Outra característica que deriva dessa ênfase nas consequências é o anti-essencialismo. O pragmático não desperdiça o seu tempo na busca pela natureza essencial das coisas, pois além de duvidar que tal coisa exista, o enfoque está nas funções práticas de determinadas coisas.

Os pragmatistas ainda são falibilistas na medida em que acreditam na limitação da inteligência humana. Eles são céticos e relativistas no sentido limitado do termo, uma vez que não acreditam que há uma certeza última sobre a verdade, mas admitem que existam algumas convicções garantidas. Sendo céticos, não acreditam haver uma entidade metafísica que seja possível ser conhecida pela mente humana e por isso, tendem a relativizar os julgamentos culturais entre duas sociedades distintas.

Finalmente, o experimentalismo seria o melhor método de investigação. Assim como a seleção natural, deve-se tentar várias coisas para se descobrir meios de controlar a nossa realidade física e social. Não se busca ao final descobrir uma verdade, e sim, através do método de tentativa e erro, espera-se melhorar as condições de vida. O experimentalismo, para ser um método eficiente, depende de uma pluralidade de investigadores, tal qual a seleção natural de Darwin depende da diversidade genética. É o contraste com tentativas diferentes que irá indicar o melhor caminho a seguir. Posner demonstra a sua analogia em relação ao Darwinismo:

³⁸ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 05.

³⁹ Posner afirma que existem certos princípios que não são compartilhados por todos os pragmáticos e que ele julga incompatíveis. Esses princípios seriam: “*que a verdade é o que a investigação racional geraria se continuada tempo o bastante, de que a democracia política é epistemologicamente superior a outras formas de governo (ou, o mesmo argumento em outras palavras, que o pragmatismo implica na desejabilidade da democracia deliberativa num sentido forte do termo), de que não existe diferença importante entre o raciocínio científico e moral, que as políticas liberais são mais fáceis de justificar pragmaticamente do que as conservadoras e que o pragmatismo limpa o terreno para o liberalismo secular.*” POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 08.

“a evolução é um processo experimental, um processo de tentativa e erro. As mutações criam variações herdáveis e a seleção natural na verdade escolhe o mais adaptativo. Pura tentativa e erro opera devagar demais para ser uma estratégia de pesquisa factível e é aí que entra a teorização. As teorias escolhem os caminhos mais promissores para a investigação experimental. Mas isso significa que a teorização é o início da investigação e não o final.”⁴⁰

No método investigativo, o empírico deve ter prioridade sobre o teórico. As definições teóricas não são importantes, o que importa é termos consciência das consequências que decorrerão de acreditarmos em uma coisa e não em outra.

Posner coloca que o “pragmatismo cotidiano” é algo típico da sociedade norte-americana. Seria uma visão prática, típica negocial, que é direta e despreza os moralizadores e os sonhadores utópicos. Apesar das críticas a esse modo de pensar “cínico” – por não acreditar que exista uma moral, religião ou mesmo uma teoria última e incontestável que deva guiar nossas ações – ele seria meramente realista. A falta de limites morais do pragmatismo não é encarada por Posner como uma crítica, mas como um “passo essencial para reenfocar a teoria legal e política”⁴¹, pois o pragmatismo nos mostraria que “o sonho de usar a teoria para guiar e restringir a ação política, inclusive judicial, é só isso – um sonho”⁴². À teoria não caberia tentar moralizar a ação política, isto deve ser feito por meio de influências psicológicas, profissionais e institucionais.

Posner se preocupa com a aplicação do pragmatismo nas decisões judiciais. Ele elenca alguns princípios e dissolve alguns mitos sobre o pragmatismo legal. Uma primeira questão seria concernente aos limites do arbítrio judicial. No momento da aplicação⁴³, o juiz deve se preocupar com circunstâncias específicas ao caso, entretanto, isso não significa que deva ignorar questões sistêmicas. O juiz deve ir além das consequências imediatas ao caso. Ele deve considerar a continuidade (por

⁴⁰ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 25.

⁴¹ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 43.

⁴² POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 43.

⁴³ Na tradução de Teresa Dias Carneiro, consta o termo adjudicação, entretanto, optamos por traduzir como aplicação, pois a “*adjudication*” denota a idéia do momento da decisão ou aplicação do direito. POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 47.

seu valor social e político), a coerência, a generalidade, a imparcialidade e a previsibilidade⁴⁴.

Em casos difíceis, os juízes devem ser livres para decidir de maneira a resguardar as melhores consequências. Ele não deve ser limitado a um estrito formalismo. Entretanto, isso não significa que ele deve ser totalmente arbitrário, pois é desejável que sua liberdade seja restrita, sem ser excluída. Apesar de não se limitar a aplicar as leis – ele também possui uma atividade criadora –, o Judiciário não é um equivalente do Legislativo, pois deve ter consideração pela virtude das normas jurídicas em casos específicos. Um Judiciário extremamente agressivo na criação de leis pode acabar por minar valores sistêmicos importantes para a sociedade, tais quais a previsibilidade e a imparcialidade.

Outra questão importante é que o pragmatismo não deve ser confundido com o consequencialismo, cujo ramo dominante é o utilitarismo. O consequencialismo tende a avaliar uma decisão por ela ser capaz de produzir as melhores consequências globais. Para não haver confusão, Posner prefere avaliar a “razoabilidade” de uma decisão em vez das suas “melhores consequências”⁴⁵, por dois motivos: primeiro, porque o consequencialismo não acredita nos benefícios da separação de poderes, dando os mesmos poderes de um legislador ao Judiciário; segundo, pois presumiria que um juiz seria capaz de prever todas as consequências de maneira global e determinar quais são as melhores – tipo de racionalidade utópica que os pragmatistas rejeitam.

Posner também ressalta uma importante distinção entre os pragmatistas e os formalistas no aspecto da prioridade temporal. Os formalistas e principalmente os originalistas, para poderem resolver as antinomias e reafirmar a característica de autodeterminação do direito e o fechamento do sistema, buscam respostas para problemas atuais na história. Assim, a legitimidade de uma decisão judicial dependerá da sua fundamentação em uma norma ou princípio estabelecido historicamente, ou seja, ela precisa ter *pedigree*.

Já os pragmatistas, estão voltados para o presente e o futuro. Entretanto, os pragmatistas são historicistas na medida em que valorizam a continuidade das

⁴⁴ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 48.

⁴⁵ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 50.

decisões passadas como um valor social e não por um dever para com o passado. O pragmatismo questiona os métodos que os originalistas utilizam para realizar uma ponte entre o passado e o presente para a resolução uma questão inteiramente nova. Essa eliminação de todas as ambiguidades, por meio de um método objetivo e previsível seria impossível de alcançar. Por isto, Posner acusa de projeto quixotesco⁴⁶ a intenção de controlar o arbítrio judicial por meio de regras de interpretação que buscam determinar a intenção dos legisladores originais.

O pragmatismo desconfia que o Judiciário seja um órgão que tome decisões de maneira totalmente distinta de legisladores e outros políticos. Ainda que não se possa igualar direito e política, aplicação e legislação, “o abismo entre juízes e políticos é mais estreito do que o retrato oficial do Judiciário teria, no qual os juízes são vistos como engajados num processo dedutivo ou algorítmico em vez de na elaboração de políticas”⁴⁷. Em casos difíceis, o legislador não irá resolver o caso por meio de um raciocínio distintamente jurídico, ele irá elaborar políticas de maneira razoável, levando em consideração as “consequências que ocorreriam a uma pessoa comum pensando sobre a questão”⁴⁸.

A decisão deve ser baseada em fatos, orientada pelo empirismo. Isso não significa que questões sistêmicas devem ser descartadas e só consideradas as questões peculiares ao caso. Os princípios legais fazem parte do arcabouço de questões de fato que devem ser analisadas pelo juiz. Deve-se, porém ter cuidado com o nível de abstração, pois não é possível que um princípio geral possa resolver totalmente um caso particular.

O pragmatismo não é avesso a toda e qualquer teoria. É claro que para que a ciência seja feita, é necessária a existência de teorias. Apesar de toda teoria dever ser abstrata, é necessário distinguir entre a abstração usada como ferramenta da ciência empírica, dinâmica e voltada para os fatos e as abstrações estáticas, que não chegam a lugar algum – como se encontra normalmente na teoria moral, filosófica e jurídica. Esse tipo de abstração não ajuda a decidir casos concretos e

⁴⁶ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 56.

⁴⁷ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 57

⁴⁸ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 57.

serve apenas de “*slogans vazios*” que podem ser facilmente manipulados, como é o caso do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais. Na verdade, “a objeção do pragmatista não é à teoria, mas à má teoria, à teoria inútil e à concessão do título honorífico de ‘teoria’ à retórica formalista”⁴⁹.

Do exposto até o momento, a primeira vista, pode parecer que há uma similaridade entre o positivismo jurídico de Hart e o pragmatismo jurídico de Posner, pois ambos admitem uma atuação livre do juiz em alguns casos. Todavia, enquanto Hart limita a “legislação judicial” apenas nos casos em que for verificada a textura aberta do direito, e nos demais casos deve haver uma aplicação estrita da lei; no pragmatismo de Posner, o juiz não deve pensar que “não me resta mais nenhuma lei para aplicar, então está na hora de assumir o meu papel de legislador e criar umas leis novas”, nem deve pensar que esteja “em duas atividades diferentes, ‘adjudicação’ e ‘legislação’”⁵⁰. Um juiz pragmatista não irá se fechar nos limites da lei. Embora na maioria das vezes o juiz deva se deter à literalidade da lei, quando esta interpretação literal tiver consequências catastróficas ou absurdas ele pode “desconsiderar a lei para alcançar um objetivo prático imediato”⁵¹.

Posner afirma que, apesar do pragmatismo jurídico ter problemas como a falta de segurança jurídica, já que diversos juízes poderão dar respostas diferentes para casos semelhantes, não há nos Estados Unidos uma alternativa válida para o pragmatismo jurídico. Nos Estados Unidos, a organização do Judiciário é mais livre e estimula uma diversidade de pensamentos morais e políticos que devem ser refletidas nas decisões. Por sua vez, o sistema judiciário Europeu (e por analogia, o brasileiro), seria naturalmente formalista, pois a própria burocracia judicial estimularia um maior controle das decisões pelas leis:

“Os juízes europeus são mais formalistas do que os juízes americanos, mas são assim por causa de restrições materiais e institucionais, não porque sejam inerentemente mais dóceis ou mais racionalistas do que os americanos. Os sistemas legais europeus, e seus sistemas de governo de forma mais ampla, foram interpretados seguindo linhas projetadas para

⁴⁹ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 62.

⁵⁰ Apesar da tradução de Teresa Dias Carneiro constar como adjudicação, entende-se o momento da aplicação do direito, conforme nota acima. POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 63.

⁵¹ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 63.

limitar o arbítrio judicial. (...) Uma maior parte das leis européias é codificada, os códigos em geral são mais claros e detalhados do que os nossos. O sistema jurídico europeu típico é mais simples e mais aerodinâmico que os nossos, possibilitando a administração por juízes burocráticos seguidores da norma menos independentes do que os juízes americanos.”⁵²

Ainda que a crítica exposta seja válida, não se pode afirmar que o formalismo jurídico é intrínseco ao nosso sistema jurídico. Um maior número de leis e um maior detalhamento de diretrizes realmente tende a limitar nossos juízes à lei escrita. Entretanto, essa limitação não é absoluta. As antinomias e lacunas do ordenamento permanecem. Os casos em que a lei não dá uma resposta clara a uma questão específica não são poucos. A crença do formalismo jurídico em um sistema fechado de regras e uma autodeterminação não procede tanto do ponto de vista do *common law* quanto do *civil law*.

A quantidade de limitação judicial em ambos os sistemas irá diferenciar, no entanto, nada impede que uma solução para os casos difíceis possa ser compartilhada e pensada conjuntamente. O problema se coloca não na quantidade de arbítrio judicial, mas em como esse arbítrio deve ser tratado.

Inclusive, a tendência atual dos Estados constitucionais e democráticos contemporâneos é a amalgama entre o *common law* e o *civil law*, sempre respeitando as tradições particulares de cada sociedade. O direito brasileiro vem sofrendo grande influência do *common law*, com uma cada vez mais frequente valorização do Judiciário e adoção de cláusulas abertas nas legislações para permitir uma maior liberdade de julgamento para o juiz⁵³. Por outro lado, o direito

⁵² POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 73.

⁵³ Sobre a aproximação dos sistemas do *common law* e do *civil law* e a valorização dos precedentes no direito brasileiro: “A evolução do *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um objetivo revolucionário, e que, portanto, nasceu com a marca da utopia. Como dogma, esta noção manteve-se viva ainda que a evolução do *civil law* a descaracterizasse. Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*. De modo que o *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes. Na verdade, a doutrina esquece de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias de hoje, outra figura.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 49, jun. 2009, p. 55. No mesmo sentido: “Se nos países de tradição jurisprudencial há um aumento das ações judiciais, nos países de tradição *civil law*, há, por outro lado, uma inflação legislativa bastante grande. Mais recentemente, o inverso também passa a ser verdadeiro, tendo-se uma proliferação de textos nos países de *common law*, bem como uma explosão do contencioso nos

norte-americano e inglês, tão arraigados aos precedentes e costumes, vem sofrendo uma limitação da autonomia judicial por meio da crescente onda de legalização do direito⁵⁴. Esta miscigenação entre os dois sistemas, o romano-germânico e o anglo-saxão, mostra a dinamicidade presente no direito, o qual sempre busca se transformar e se adaptar ao mundo cada vez mais globalizado em que vivemos⁵⁵.

No próximo item veremos as ressalvas que Dworkin faz tanto ao positivismo jurídico de Hart, quanto ao pragmatismo jurídico de Posner e a sua solução para a aplicação do direito em casos difíceis.

I.3. A (hermenêutica) crítica de Dworkin - Aplicação e casos difíceis em Dworkin

I.3.1. O direito como “plain fact”

países de tradição romano-germânica.” BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Dissertação de Doutorado – Pós-graduação em Direito, PUC-PR, Curitiba, 2011.

⁵⁴ Guido Calabresi afirma que o direito norte-americano vem sendo objeto de mudanças pelo crescente aumento da atividade legislativa: “*What we are dealing with is the slow adaptation of a four whole legal-political system to a major change: the preponderance of statutory law. I will be discussing how our legal system has tried by various devices to fit this fundamental change into a traditional legal political mold, a mold that maintains checks and balances without accepting obsolete legal rules. This attempt has already caused important shifts in the actual relationships between courts and legislatures.*” CALABRESI, Guido. *A common law for the age of statutes*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999, p. 3.

⁵⁵ Nas palavras de Egon Bockmann Moreira: “*Há essa convivência, porque não é uma invasão pura e simples. São na verdade enxertos legislativos. Se enxertamos um pé de pêssego em uma ameixeira, teremos uma nectarina. Um sistema aprende e dialoga com o outro. Faz enxertos da Common Law na Civil Law e desenvolvem-se novas fórmulas, que não são as ortodoxas de tempos atrás. O que demonstra que o direito é um organismo vivo*”. Kamila Mendes Martins. *Leis e jurisprudência na medida exata* [online]. Disponível na internet via <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1159724&tit=Leis-e-jurisprudencia-na-medida-exata>. Última atualização em 19 de agosto de 2011.

Para Stephen Guest⁵⁶, o positivismo, inclusive o de Hart, pertenceria a uma corrente que analisa o direito apenas como uma questão de fato (“*plain fact*”), ou seja, que acredita que o direito apóia-se apenas em questões de mero fato histórico. Nesse aspecto, a única divergência possível no direito seria sobre o verdadeiro teor das decisões antigas de instituições jurídicas. A disputa em torno do direito ficaria restrita ao uso correto da sua linguagem. Nunca haveria uma verdadeira controvérsia, existiria apenas uma compreensão errada do real significado da lei.

A visão do direito como “simples fato” pressupõe que existam fatos no mundo que podem ser descobertos pelo homem. Nessa medida, o direito ou existe como uma questão de fato ou não existe. Juízos avaliativos são distintos de juízos descritivos. É possível que haja uma mera descrição da norma, baseada em “simples fatos”, tal como ela é. Essa descrição meramente descritiva impede que haja uma discussão ou uma discordância sobre o assunto, pois a descrição é feita com base em fatos exteriores ao sistema normativo e, portanto, presumem uma ampla concordância. Na teoria de Hart fica clara essa diferenciação quando ele trata das regras de reconhecimento⁵⁷:

“Só necessitamos da palavra ‘validade’, e em geral só a usamos, para responder às perguntas que surgem dentro de um sistema de normas no qual o status de uma norma como elemento do sistema depende que satisfaça certos critérios estabelecidos pela norma de reconhecimento. Não pode surgir uma pergunta desse tipo sobre a validade da própria norma de reconhecimento que provê os critérios; esta não pode ser válida nem inválida, mas seu uso para esse fim é simplesmente aceito como apropriado. Expressar esse fato simples dizendo sombriamente que sua validade é ‘suposta mas não pode ser demonstrada’ é como dizer que supomos, mas nunca poderemos provar, que a barra-padrão do metro conservada em Paris, que é o critério último da correção de todas as medidas em metros, tem ela própria as dimensões corretas.”⁵⁸

Assim, os juízos descritivos são descompromissados em relação ao que o direito deveria ser. A questão primordial seria como determinar uma lei, mas assim que todos os fatos são devidamente determinados, o meio de identificá-los não é

⁵⁶ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 107.

⁵⁷ “Em relação à esta norma, não se trata de supor – ou pressupor – a sua validade. A existência dessa regra se manifesta de fato e a sua aplicabilidade é empiricamente verificável”. KOZICKI, KÁTYA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997, p. 148-149.

⁵⁸ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 142.

aberto à dúvida. Portanto, a identificação da lei não é uma questão controvertida, pois poderia ser empiricamente observável. Entretanto, os fatos simples não podem ser considerados descobertos apenas porque seriam aceitos, de uma maneira geral, como fatos evidentes. Antigamente, se acreditava amplamente que a terra era plana, nem por isso essa proposição era necessariamente verdadeira.

Os “simples fatos” no direito seriam as regras num sentido amplo. As leis e as decisões judiciais devem ser descobertas como questões históricas e as proposições que forem extraídas desses materiais se tornarão os fatos evidentes do argumento jurídico. Desse modo, para resolver um caso, o juiz deve analisar os fatos evidentes e aplicar a lei e a jurisprudência de maneira clara. Algumas vezes essa aplicação não será tão imediata, mas os casos difíceis são apenas periféricos aos casos de “simples fatos”. Dworkin não refuta a existência de casos simples, entretanto, não acredita que o papel deles seja tão importante para o entendimento do direito.

O conceito de direito para Hart é focado numa perspectiva semântica⁵⁹. É uma abordagem linguística do direito, na qual o foco é o entendimento compartilhado dos termos. É uma teoria baseada em fontes, ou seja, o direito é identificado por meio da sua fonte histórica. Esta fonte é encontrada nas convenções de juízes ou funcionários de um sistema jurídico, nas quais eles reconhecem os

⁵⁹ No pós-escrito de “O Conceito do Direito”, Hart se insurge contra essa classificação da sua teoria proposta por Dworkin (Cf. HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 321). Entretanto, Dworkin mantém o seu posicionamento afirmando que “a tese das fontes é uma afirmação semântica que pretende fazer aflorar critérios lingüísticos que os juristas de toda a parte, ou pelo menos a maioria deles, realmente adotam quando fazem e julgam alegações de direito? Hart não pretendeu, por certo, apresentar uma mera definição de dicionário nem um conjunto de sinônimos de qualquer palavra ou expressão específica. A mim, contudo, parece plausível que ele pretendeu fazer uma afirmação filosófica mais ambiciosa, elucidando critérios de aplicação que juristas e congêneres poderiam identificar, depois que ele os tivesse apontado, como as regras que eles de fato seguem quando se pronunciam sobre o que o direito exige ou permite. Em meu livro *O Império do direito*, proponho que seja esta a maneira de entender o que ele quis dizer; afirmei que, se minha apreciação estivesse correta, a intenção dele estava condenada porque não existem critérios comuns, nem mesmo ocultos, que possam endossar ou rejeitar proposições de direito”. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 234-235. “Hart afirmou que a moral se torna pertinente para a identificação do direito quando alguma ‘fonte’ tiver determinado que ela deve exercer esse papel, citando as cláusulas constitucionais abstratas da Constituição norte-americana como exemplo. Mas ele interpretou mal a situação do direito constitucional norte-americano. Não existe consenso nem a favor nem contra a interpretação moral da Constituição: ao contrário, essa questão é objeto de feroz divergência. (...) Não há consenso geral a favor ou contra tal interpretação, nenhuma regra fundamental de reconhecimento a partir da qual um dos lados possa pretender corroborar as proposições de direito constitucional que, não obstante, cada um dos grupos afirma serem verdadeiras”. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 238.

parâmetros para uma lei ser válida. Tais convenções seriam as regras de reconhecimento do direito⁶⁰.

O direito e a moral não seriam distinguidos um do outro pelo seu conteúdo, mas pelo seu conceito, pois o direito teria uma fonte diferenciada da moral. O direito é a união de regras primárias e secundárias, que são identificadas por meio das regras de reconhecimento. Assim, o que identificaria o direito seria a sua fonte e não o seu conteúdo moral.

A distinção entre o direito “como ele é” e “como ele deveria ser” (no aspecto moral) não é negada por Dworkin. O problema do positivismo semântico é a ênfase apenas nos significados compartilhados. Os casos difíceis não são apenas periféricos aos “simples fatos”. As controvérsias em torno dos fundamentos do direito são mais importantes para determiná-lo do que os seus casos claros. Esta abordagem demonstra um viés interpretativo e não meramente semântico. Desta maneira, Dworkin

“nega o positivismo semântico porque pensa que a teoria jurídica não é exaurida por um processo de ‘desenterrar’ significados compartilhados das palavras. Ele pensa que frequentemente não há nenhum significado compartilhado. E, portanto, neste contexto, ele coloca ‘interpretativo’ como rival de ‘semântico’. Nos casos importantes, para ele, há controvérsias importantes, não significados compartilhados. Neles, juízes e advogados têm discordâncias ‘teóricas’ quanto a quais são os fundamentos do direito, não meramente discordâncias quanto a quais são as fontes específicas de direito”⁶¹.

A conceituação do direito por meio das fontes dá ao legalismo uma importância desmedida e, contraditoriamente, ao mesmo tempo fraca. Isso porque, no momento da aplicação, o juiz tem uma atitude ambígua. O juiz deveria pressupor que os cidadãos não teriam direito algum fora das palavras não interpretadas das leis. Entretanto, um juiz que não se satisfizesse com essa dura determinação, ante uma ausência de legislação sobre o tema ou ante uma conclusão demasiadamente injusta, poderia declarar ter o poder discricionário de preencher uma lacuna da lei (que nada mais é do que modificar o direito), “mediante o exercício de um novo

⁶⁰ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 120.

⁶¹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 121.

poder Legislativo que contradiz o mais elementar entendimento das exigências da legalidade”⁶².

A idéia de textura aberta em Hart denota um distanciamento do modelo positivista, pois admite que o direito não é completamente fechado nas regras⁶³. Hart admite expressamente a existência de incertezas no direito. Para o autor “a norma de reconhecimento, bem como as normas específicas do direito identificadas mediante referência a ela, podem apresentar uma ‘penumbra’ de incertezas”⁶⁴. Este diagnóstico é colaborado pelo fato de que a textura aberta nos casos difíceis não são apenas casos polêmicos em que possa haver discordância sobre a resposta correta. Para ele “o direito é, nesses casos, fundamentalmente incompleto: não oferece *nenhuma* resposta aos problemas em pauta”⁶⁵.

Entretanto, apesar dessa abertura, o conceito de direito é grandemente centrado nas suas fontes e na existência de “simples fatos”, nos quais o direito se mostra claro e incontrovertido. Assim, ao mesmo tempo que o direito de Hart é legalista, na textura aberta o juiz pode dispensar a sua aplicação e decidir de maneira livre, pois nestes casos, o direito não seria capaz de oferecer qualquer resposta⁶⁶.

Para Dworkin, a legalidade não admite essa criação e aplicação retroativa de um direito sem qualquer parâmetro com o sistema jurídico vigente. Para se efetivar, a legalidade exige que

“as decisões executivas de um governo sejam guiadas e justificadas por normas estabelecidas, e não por outras, criadas ex post facto; além disso, essas normas devem incluir não apenas leis substantivas, mas também

⁶² DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 255.

⁶³ “Reconhecendo uma textura aberta da linguagem, HART fundamenta a existência de uma textura aberta do direito. Isto, no conjunto de o Conceito de Direito, vai determinar que se compreenda o direito como sistema aberto e auto-referente. Os limites naturais da linguagem impedem que o direito se expresse sempre através de enunciados unívocos, gerando a necessidade do intérprete buscar – dentro desse mesmo sistema – a complementação de significados dos termos não claros”. KOZICKI, KÁTYA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997, p. 144.

⁶⁴ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 325-326.

⁶⁵ HART. H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 325-326.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 71-72.

normas institucionais que confiram autoridade aos diferentes servidores públicos, para que possam criar, aplicar e avaliar essas normas no futuro”⁶⁷.

Por outro lado, para Dworkin, o direito é um “conceito interpretativo”⁶⁸. As divergências entre juristas sobre o direito são interpretativas em relação ao sentido do exercício do direito como um todo. Isso pressupõe uma necessária tensão entre conservador e inovador, pois a interpretação resiste às convergências e paradigmas, mas acaba por promovê-las quando há uma divisão entre diversos pensamentos em relação ao direito. O direito pressupõe algumas estabilidades, mas necessita de sensibilidade para a alteração:

“o direito ganha em poder quando se mostra sensível à fricções e tensões de suas fontes intelectuais. O direito naufragaria se as várias teorias interpretativas em jogo no tribunal e na sala de aula divergissem excessivamente em qualquer geração. Talvez um senso coletivo desse perigo proporcione ainda outra razão para que assim não seja. Mas o direito estagnaria, acabaria naufragando de um modo diferente, se caísse no tradicionalismo”⁶⁹.

Na concepção de direito de Hart, o direito se reduz ao conjunto de regras de uma sociedade. O único padrão aceitável para o direito é a regra. Isso quer dizer que, na medida em que Hart aceita a existência de uma textura aberta das regras jurídicas, a resolução de casos difíceis só poderá ser feita por padrões externos ao direito, de maneira livre. O caso não poderia ser resolvido por meio da aplicação do direito, pois não haveria um direito a ser aplicado. O juiz, como autoridade pública encarregada de decidir nesses casos, deveria “ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente”⁷⁰.

Para Dworkin, o direito não é um sistema fechado de regras⁷¹. Existem muitos padrões que influenciam o direito. Todos esses padrões diferentes das regras

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 260.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 109.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 111.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 28.

⁷¹ “O meu ponto não é que ‘o direito’ contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à idéia de que o ‘direito’ é um conjunto fixo de

são chamados genericamente por Dworkin de princípios, porém o autor ainda divide os princípios em políticas e princípios em sentido estrito. Os padrões que estabeleceriam um objetivo a ser alcançado de maneira a melhorar algum aspecto da comunidade seriam denominados de “políticas” e os padrões que devem ser observados por serem alguma exigência da justiça, equidade ou moral seriam chamados de “princípios em sentido estrito”. Essa distinção é importante para a teoria de Dworkin, em especial para a sua teoria das decisões judiciais, conforme será visto posteriormente.

Dworkin procura diferenciar logicamente os princípios (no sentido geral) das regras. Estas seriam aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, ou seja, ou uma regra é válida e é aplicada, ou não é válida. Já os princípios enunciariam uma razão que encaminharia um argumento a uma direção, entretanto, ele necessitaria de uma decisão particular para se concretizar. Numa situação podem existir vários princípios aplicáveis a um caso, mas a aplicação de um deles irá depender de outras considerações a respeito do sistema como um todo e da análise casuística. Enquanto as regras possuem a dimensão da validade, os princípios possuem a dimensão da importância ou do peso, que irá interferir na resolução do caso.

A dimensão de importância ou peso dos princípios não pode ser usada como um argumento para uma atuação discricionária do juiz. Poderia se pensar que uma vez que o juiz aceitasse os princípios como padrões do direito, o sopesamento entre os princípios apenas indicaria uma linha a seguir, enquanto a decisão final ficaria ao arbítrio do juiz. Dworkin ressalta que esse pensamento não procede, pois um conjunto de princípios pode efetivamente ditar um resultado. Apesar de todas as decisões dos juízes serem discricionárias num sentido fraco – pois eles possuem a autoridade para tomar uma decisão que não pode ser revista por um órgão externo à sua hierarquia –, para Dworkin, elas não seriam discricionárias no sentido forte de que elas não precisam ser pautadas por nenhum padrão jurídico⁷². O juiz, mesmo

padrões de algum tipo”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 119.

⁷² Sobre a diferença entre o sentido fraco e o sentido forte da expressão “poder discricionário”, Dworkin dá um exemplo esclarecedor: “podemos dizer que um sargento tem um poder discricionário quando lhe for dito para escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha (...) Se o sargento recebe uma ordem para escolher os cinco homens mais experientes, ele não possui o poder discricionário nesse sentido forte, pois a ordem pretende dirigir a sua decisão”. DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 52. Neste exemplo, o padrão “experiente” limita a discricionariedade da decisão do sargento. Apesar dele

nos casos difíceis, deve proferir a resposta certa, a qual deve ser pautada pelos princípios. A ressalva fica posta e no decorrer deste trabalho analisaremos a teoria da resposta certa de Dworkin de maneira mais aprofundada.

A princípio, para um positivista, é possível pensar que o alargamento de espectro do direito para alcançar outros padrões que não exclusivamente uma regra, poderia aumentar a incerteza das decisões. Entretanto, a abertura do direito para os princípios não tem esse condão e por vezes pode até mesmo diminuir a incerteza das decisões. Regras criadas por leis ou precedentes podem até parecerem muito certas e de fácil aplicação, entretanto, elas também estão sujeitas à interpretação e reinterpretação de seus textos e isso sempre acaba por resultar em incertezas, mesmo quando se acredita estar buscando a “intenção do legislador”⁷³.

A teoria positivista, nos termos de Hart, da liberdade do juiz nos casos difíceis acaba exigindo uma tese das obrigações jurídicas de que estas só existiriam se estivessem explicitadas claramente na regra. Nos casos difíceis, não haveria uma obrigação jurídica enquanto o juiz não criasse uma nova regra para o futuro, legislando de maneira retroativa. Isso porque, para existir uma liberdade do juiz é necessário que não haja nenhuma obrigação jurídica pré-existente. Ao tratarmos os princípios como direito, a obrigação jurídica, mesmo que não constando de uma regra, pode ser imposta por um conjunto de princípios. Por isso, Dworkin afirma que o positivismo acaba não enfrentando esses casos difíceis de maneira apropriada com a sofisticação condizente com um sistema complexo que é o direito.

A visão de Dworkin do direito como sendo composto por regras e princípios abre o direito para outras realidades. O positivismo de Hart restringe o direito a um número fixo de regras. A crítica de Dworkin se dá justamente a essa visão limitada do direito. A incorporação dos princípios ao direito fornece a abertura e a complexidade devida ao sistema: “o meu ponto não é que ‘o direito’ contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros princípios. Na

possuir uma discricionariedade num sentido fraco para decidir a questão, ele não a possui num sentido forte.

⁷³ Acerca da intenção do legislador ver a discussão sobre originalismo ou textualismo: DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.3 e ss; e ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980, p. 1 e ss.

verdade, quero opor-me à idéia de que ‘o direito’ é um conjunto fixo de padrões de algum tipo”⁷⁴.

Há várias concepções diferentes sobre o significado do direito, que apesar de possuírem alguns paradigmas em comum, divergem sobre a essência do direito e a sua ligação com a jurisdição. Essas concepções de direito se propõem a interpretar sumariamente a prática jurídica e oferecer uma justificativa para a coerção do direito. Dworkin separa as interpretações abstratas da prática jurídica em três concepções diferentes: o “convencionalismo”, o “pragmatismo jurídico” e o “direito como integridade”.

A primeira concepção, o convencionalismo – que é uma forma interpretativa do modelo positivista⁷⁵ –, acredita no direito enquanto determinado por convenções sociais. A prática jurídica adequada seria aquela que respeitaria as convenções estabelecidas socialmente e historicamente. Entretanto, como o direito convencional não pode prever todas as hipóteses de aplicações futuras, os juízes deverão decidir os casos novos de maneira discricionária. Os juízes devem decidir em conformidade com o seu entendimento das decisões passadas e essas decisões se tornarão convenções para os próximos casos semelhantes.

Essa concepção é muito similar ao positivismo de Hart, pois “sua regra de reconhecimento é uma regra que foi aceita por quase todos, ou pelo menos por quase todos os juízes e outros juristas, não importa qual seja o conteúdo de tal regra”⁷⁶. O mecanismo de resolução de casos difíceis seria bastante similar ao previsto por Hart: o juiz aplica diretamente a lei abstrata ao caso concreto nos casos simples e nos casos difíceis ele tem a liberdade de agir discricionariamente.

O convencionalismo possui duas diretrizes em relação à atuação do juiz na aplicação do direito, uma positiva e outra negativa. A positiva consiste na determinação do respeito às convenções jurídicas em vigor. A negativa, por sua vez, declara que não existe direito que não seja o extraído das convenções. Em casos não previstos pelas convenções, o juiz não possui obrigação de decidir de uma ou

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 119.

⁷⁵ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 191.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 143.

outra maneira, pois a extensão explícita⁷⁷ da convenção jurídica não é suficiente para decidir o caso. Num caso difícil, ele irá criar um direito novo que irá aplicar retroativamente às partes.

Apesar da permissão dos juízes atuarem de maneira livre nos casos difíceis, o fundamento do convencionalismo é proteger a segurança jurídica. Nesta visão, as expectativas devem ser protegidas e o direito deve deixar claro o que ele exige e o que permite. O juiz deve decidir consistentemente com as decisões judiciais anteriores e as decisões legislativas.

Um convencionalismo mais suave acredita que a análise estrita das convenções anteriores possa apontar uma direção a ser seguida nos casos difíceis, com o intuito de proteger as expectativas das pessoas. Essa consistência seria uma “consistência de estratégia” – estaria ligada estritamente a decisões anteriores – e não uma “consistência em princípio”⁷⁸. Este tipo de consistência jurisprudencial seria fraca segundo Dworkin, pois as vezes é necessário abandonar uma convenção para proteger um ideal maior do que o das “expectativas protegidas”. A idéia de convenção que esta concepção de direito possui é baseada numa concordância simples entre os juristas: para que exista uma convenção, basta que os juristas estejam de acordo. A convenção só se baseia na sua forma, na sua aceitação e não no seu conteúdo. Esta análise superficial das convenções traz distorções em relação à realidade:

“Todos concordamos que é errado torturar bebês, mas os argumentos de que é errado relacionam-se com a substância do ato (‘é indescritivelmente cruel porque...’), não com o fato de que é errado porque ‘todos nós concordamos que é errado’.

Este exemplo extraído da natureza do argumento moral por Dworkin tem a intenção de introduzir a ideia de que é por referência à substância dos argumentos que o argumento jurídico, especialmente em casos difíceis, tem caráter importante.”⁷⁹

Isso explica porque juízes, que concordam no teor de um acórdão, discorrem sobre as suas divergências do por que daquela decisão ter sido tomada. A mera

⁷⁷ A extensão explícita da convenção seria o “conjunto de proposições que (quase) todos que se admite fazerem parte da convenção aceitam como parte de sua extensão” em oposição à extensão implícita que seria “o conjunto de proposições que decorrem da melhor ou mais bem fundada interpretação da convenção, façam ou não parte da extensão explícita”. DWORKIN. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 152.

⁷⁸ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 194.

⁷⁹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 198.

análise da concordância simples é rasa, pois não analisa as pequenas discordâncias entre juízes que acabam por revelar a verdadeira substância de suas argumentações.

1.3.2. A concepção pragmática da prática jurídica

O convencionalismo procura encontrar o equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade. Quando a convenção for clara e explícita, o juiz deverá aplicá-la totalmente, privilegiando a previsibilidade. Já quando a convenção for omissa ou implícita, o juiz irá privilegiar a flexibilidade decidindo como achar melhor.⁸⁰

O pragmatismo se opõe a esse equilíbrio da maneira pregada pelo convencionalismo. Para o pragmatismo, os indivíduos não têm direito a nada, o juiz deverá analisar que decisão será melhor para a coletividade⁸¹. Se privilegiar a previsibilidade for o melhor para toda a comunidade, a convenção deverá ser adotada, mas se outro entendimento for mais proveitoso que a garantia da previsibilidade, este entendimento deve ser adotado, independente da convenção.

Apesar de parecer mais imprevisível que o convencionalismo, o pragmatismo, nos casos difíceis pode oferecer mais segurança, pois estes não serão decididos livremente pelo juiz. Isto ocorre porque pelo pragmatismo o juiz deverá sempre buscar a solução que mais se ajustaria ao interesse público. Assim, esta fixação de uma linha de pensamento a ser seguida pelo juiz, torna as decisões pragmáticas nos casos controversos mais fáceis de serem previstas que as convencionais.

O pragmatismo adota uma postura cética em relação a alguns pressupostos que julgamos estar enraizados no conceito de direito. Assim como ele nega que as decisões políticas do passado tragam, por si só, uma justificativa para o poder

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 179.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 180.

coercitivo do Estado, ele também nega que as pessoas tenham direitos⁸². O poder do Estado não pode ser justificado em decisões passadas, ele se justifica na eficiência de uma decisão em beneficiar toda a coletividade. O significado de “boa comunidade” não é determinado por nenhuma teoria, cada juiz deve agir de acordo com o seu próprio ponto de vista para favorecer uma sociedade imparcial, justa e feliz.

Ele fornece uma concepção cética dos direitos que as pessoas possuem. Enquanto o convencionalismo possuía uma concepção positiva, pois assegurava às pessoas todos os direitos resguardados claramente nas convenções, o pragmatismo nega qualquer direito, pois o que for pior para a sociedade não é de direito de ninguém – não importando se existe uma legislação ou um precedente concedendo o direito.

O pragmatismo é voltado à eficiência. Ele rejeita a existência de genuínas pretensões juridicamente tuteladas, que só são aceitas enquanto estratégicas para o alcance de um bem social. Os direitos atribuídos às pessoas não são mais do que auxiliares para a construção de um futuro melhor, não possuindo uma força independente.

Para Dworkin, os juízes pragmáticos tendem a agir “como se”⁸³ as pessoas tivessem direitos. Não seria proveitoso para a comunidade se cada juiz fizesse uma seleção de quais leis seriam aceitas ou não, então o juiz deve aceitar as leis e precedentes claros para preservar a segurança jurídica e maximizar o controle social. Entretanto, essa segurança jurídica não é suficiente para imobilizar o Judiciário. Num caso difícil ou mesmo num caso manifestamente prejudicial para a comunidade, o juiz pode ignorar tais convenções e decidir da melhor maneira para a sociedade. O juiz deve ter o poder de rejeitar decisões passadas – ainda que sejam claras e expressas – se elas forem irrefletidas e consideradas prejudiciais.

Dworkin expõe que a vantagem do pragmatismo em relação ao convencionalismo reside na sua melhor coordenação da prática social⁸⁴. Na medida

⁸² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 185

⁸³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 187.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 191.

em que os juízes sempre podem aplicar retroativamente novas regras – e levando-se em consideração que estas regras sempre serão feitas pensando no bem da coletividade – em casos difíceis, em que não haja ainda uma regra definida, as pessoas acabariam por agir de acordo com o melhor para a sociedade. Assim, apesar de não existir uma regra clara previamente estabelecida, as pessoas teriam a segurança dos casos serem julgados de acordo com um parâmetro fixo.

Uma vez que a aplicação das leis só é justificada pela sua eficiência no controle do comportamento social, um juiz pragmatista não irá procurar a intenção dos legisladores. Primeiro, porque leis de pouca clareza não contribuem em nada para a coordenação social; segundo, pois a intenção – obscura e polêmica – de legisladores mortos há muito tempo não diz respeito ao bem estar da sociedade contemporânea. Nestes casos, a regra correta é sempre a que se mostrar melhor para o futuro e não para o passado. O mesmo raciocínio vale na análise dos precedentes. O respeito a um precedente só se justifica na medida da sua eficiência na coordenação. Descobrir a intenção nos votos dos juízes ou aplicar casos por analogia não são métodos utilizados pelos pragmatistas⁸⁵.

O juiz pragmatista na maioria dos casos irá se comportar como o convencionalista, pois irá aplicar as convenções quando elas são claras e não forem extremamente prejudiciais. Entretanto, o juiz pragmático não irá se limitar às leis quando estas forem ultrapassadas, injustas ou ineficientes. Por rejeitar a ideia da coerência como um valor em si mesmo, ele não verá nenhuma justificativa para a aceitação das convenções além da sua eficiência.

Para Dworkin, a teoria política tende a valorizar alguns ideais de uma estrutura política imparcial, tais quais podemos falar, genericamente, na equidade, na justiça e no devido processo legal. Um ideal político menos teórico e mais prático seria aquele que determina que casos semelhantes sejam tratados de maneira semelhante. Isso significa que “o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns”⁸⁶. Dworkin

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 192

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 201.

coloca esse ideal sob outra roupagem, mais complexa e menos estigmatizada: a virtude da integridade política.

Apesar de todos nós termos idéias de justiça diferentes, em nossa vida cotidiana nós queremos que os outros se comportem com integridade no que diz respeito a questões importantes, aquelas que permeiam nossas vidas como um todo, e não em relação a questões específicas e irrelevantes. Quando passamos este ideal privado para a esfera política, exigimos que o Estado ou a comunidade sejam considerados agentes morais, de maneira que se comportem como um conjunto único e coerente de princípios, independentemente dos seus cidadãos pensarem de maneira diversa quanto aos princípios de justiça e equidade corretos.

Dworkin então difere essa integridade política em outros dois princípios mais práticos: o da integridade na legislação e o da integridade no julgamento⁸⁷. O primeiro exige que os legisladores criem o direito de maneira coerente com os princípios, já o segundo, exige que os juízes apliquem o direito de maneira coerente com os princípios. Neste sentido, os juízes devem conceber o direito como um todo, e não como uma série de decisões e casos isolados que podem ser modificados apenas por um interesse estratégico.

A comunidade política não é apenas um conjunto de interesses dispersos, ela assume uma forma especial de entidade. Esta entidade possui responsabilidade moral para com seus cidadãos:

“quando digo que uma comunidade é fiel a seus próprios princípios, não me refiro a sua moral convencional ou popular, às crenças ou convicções da maioria dos cidadãos. Quero dizer que a comunidade tem seus próprios princípios que pode honrar ou desonrar, que ela pode agir de boa ou má-fé, com integridade ou de maneira hipócrita, assim como o fazem as pessoas”⁸⁸.

Essa personificação não se trata de uma criação metafísica, na verdade ela é a criação das práticas de pensamento e linguagem da sociedade em que vive.

Segundo Dworkin, a personificação é verificável quando tratamos do problema da responsabilidade coletiva. O autor dá o exemplo de alemães que, mesmo sem estarem nascidos na época do nazismo, se sentem culpados e

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 203.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 204.

devedores dos judeus; de brancos que, não tendo herdado bens de escravocratas, se sentem responsáveis por negros que nunca foram escravos⁸⁹. Evidentemente, nenhuma dessas pessoas pode ser considerada culpada por algo que não fizeram e nem receberam nenhuma espécie de vantagem.

Esse tipo de responsabilidade indeterminada não contesta que ninguém pode ser culpado pelo que não fez. Ela, na realidade, está ligada a uma profunda personificação da comunidade social e política. A ideia subjacente a da personificação é a de que a “comunidade como um todo tem obrigações de imparcialidade para com seus membros e que as autoridades se comportam como agentes da comunidade ao exercerem essa responsabilidade”⁹⁰.

Dessa forma, apesar do pragmatismo ser uma concepção da prática jurídica melhor que o positivismo, ele não é a resposta para o problema da aplicação dos direitos. O ceticismo em relação aos direitos não se coaduna com a nossa prática e as nossas expectativas enquanto juristas e cidadãos. A resposta ao positivismo não deve ser um ativismo judicial discricionário e desligado dos princípios e da coerência:

O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. (...) A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.⁹¹

A comunidade personificada exige que nossas autoridades tratem o direito não como um sistema desconexo e inconsistente – apenas de maneira estratégica. As autoridades agem em nome da comunidade e nós, como parte dela, compartilhamos a responsabilidade pelos seus atos, portanto as suas decisões

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 209.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 212.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 452.

devem ser guiadas pelos princípios práticos de integridade: a integridade na legislação e a integridade na aplicação.

Retomando a questão inicialmente posta sobre a aplicação do direito, o positivismo de Hart, conforme explicitado, conjuga uma forte deferência às regras com uma ampla discricionariedade judicial. A regra deve sempre basear a decisão do juiz, exceto quando ele se deparar com um caso difícil, quando terá discricionariedade para decidir como melhor convier. Já o pragmatismo de Posner foge de uma postura convencional quando admite que o juiz possa decidir diferentemente da lei – ainda que esta seja clara – quando puder ser vislumbrado um bem maior a ser conquistado para a sociedade. Uma convenção só será desrespeitada quando a previsibilidade das decisões não for tão importante quanto promover o bem estar coletivo.

Acusando a insuficiência de tais respostas ou soluções Dworkin coloca a integridade como princípio capaz de unificar as pretensões de previsibilidade das decisões e proteção de direitos fundamentais na aplicação do direito. A integridade, como concepção da prática judicial, foi inicialmente apresentada neste capítulo e oportunamente será abordada com maior detalhamento.

A resposta de Dworkin para o problema da aplicação pode ser cotejada com a perspectiva de Klaus Günther quanto à possibilidade de diferenciarmos momentos de fundamentação e momentos de aplicação, numa tentativa de explorarmos as raízes do problema da aplicação do direito, conforme será explicitado a seguir.

II. O MOMENTO DA APLICAÇÃO DO DIREITO

Como vimos anteriormente, o momento da aplicação do direito tem sido objeto de estudo de diversas concepções de direito. Contudo, tanto o positivismo jurídico de Hart, quanto o pragmatismo de Posner, acabam por não se aprofundar no argumento especial que a aplicação demanda. Ambos resolvem o problema, por um lado, apenas com uma mera subsunção do fato à norma (com total discricionariedade do juiz nos casos difíceis), ou, por outro lado, com uma substituição do papel do legislador nos casos em que a segurança social não ordene uma deferência legislativa. É necessário entender a aplicação do direito como um momento distinto da elaboração de normas jurídicas, com a sua razão e ônus argumentativos próprios.

Um historiador do direito como Paolo Grossi, reconheceu que o jurista vive, há duzentos anos, um papel secundário na criação do direito. O Estado se tornou monopolista de toda criação do direito por meio da identificação entre Estado e sociedade civil e do conteúdo da lei na vontade geral.

A ampliação do espectro de abrangência do Estado moderno é uma tentativa de correção da sua ausência de representatividade. Várias teorias democráticas tentam ampliar a representatividade do Estado por meio do maior ingresso popular dentro do sistema deliberativo. Com essa perspectiva, Carlos Santiago Nino investe na idéia da Democracia Deliberativa, que sustenta uma maior participação popular na tomada de decisões e a valorização das discussões públicas⁹²; Chantal Mouffe aposta numa Democracia Radical, capaz de inserir todos no debate, sem restrições de matérias, por meio de uma valorização do conflito, que ressaltaria o pluralismo político⁹³.

⁹² Sobre o tema, ver: NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa S.A., 1997 e GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004.

⁹³ Sobre o tema, ver: MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London: Verso, 2000 e *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

Entretanto, será que apenas uma mudança radical na forma da nossa democracia seria suficiente para resolver o problema da não identificação entre Estado e sociedade civil? Este problema estaria relacionado apenas ao momento de elaboração das normas jurídicas?

Nos séculos XVIII e XIX, a legalidade se transformou num princípio cardeal de orientação dos juristas. Esta legalidade facilmente se transformou em legolatria, para qual toda manifestação jurídica proveniente de um órgão estatal deveria ser obedecida sem maiores questionamentos, como se o “legislador fosse uma espécie de rei Midas, hábil a transformar em ouro tudo aquilo que tocava”⁹⁴. Desta maneira, o conteúdo da lei não era objeto de questionamentos, contanto que a sua forma fosse válida.

Não obstante, o mito da lei (como fundamento inquestionável do direito moderno), acabou por gerar “inevitavelmente um segundo, o mito do legislador, um sujeito onipotente e onisciente, irresponsável e incontestável”⁹⁵. O legislador, como representante do Estado e detentor de poder, monopolizou a criação do direito, fundamentado, como já afirmamos, na suposta identidade entre Estado e sociedade civil.

Para Grossi, o problema exposto é metodológico, pois impõe uma dogmática imobilizadora e torna indiscutíveis determinadas questões. O dogma da lei é um problema histórico-jurídico que deve ser discutido. O jurista deve reivindicar o seu papel ativo na produção do direito e não mais legitimar o monopólio do direito dos detentores de poder.

O jurista tende a ver a ligação entre direito e poder político como algo natural e necessário, resultando na idéia de que o direito só pode ser produto daqueles que exercitam poderes soberanos. Essa visão é chamada de “visão potestativa do direito” por Grossi, a qual “faz da produção das normas jurídicas um rigoroso monopólio do aparato estatal”⁹⁶.

⁹⁴ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 88.

⁹⁵ GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. São Paulo: Del Rey, 2010, p. 105.

⁹⁶ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 91.

Entretanto, essa ligação está longe de ser natural e necessária. Ela é fruto de um processo histórico que ocorreu na idade moderna, especificamente dentro da Europa continental. Os países do *civil law* adotaram essa visão política como natural e apenas hodiernamente a ficção do monopólio legalista está se fragmentando. Em muitas áreas do direito esta fragmentação aparece. Atualmente o direito brasileiro vem sofrendo uma forte influência do *commom law* dentro de seu sistema. Nota-se uma maior valorização do Judiciário e adoção de cláusulas abertas nas legislações para permitir uma maior liberdade de julgamento para o juiz.

O direito moderno, potestativo, aparece como instrumento de poder e não como ordenamento da sociedade. O direito já está pronto no momento em que a autoridade se separa dele. Nessa sistematização, perde-se ou reduz-se ao mínimo o momento da interpretação e da aplicação, pois apenas quem está legitimado a criar o direito é o titular do poder político. O direito se conclui no Código, que tem a presunção de controlar toda a realidade jurídica de maneira onisciente.

Esse pretense controle de toda a realidade jurídica na vontade do legislador demonstra a artificialidade desse sistema jurídico, que impede a historicidade e, conseqüentemente, o fluxo contínuo da sociedade. Claro que todo o direito é artificial por ser fruto da história e não escrito por leis naturais, mas para Grossi, “deter o processo de produção no momento de expressão da vontade e de mumificá-lo em um texto rígido, arrisca de desmentir a sua humanidade, socialidade, politicidade, historicidade; arrisca, portanto a ser artifício nesse sentido específico, não mais no sentido de realidade não fenomênica”⁹⁷.

Grossi propõe um resgate para o direito, uma retomada do direito pela sociedade, rompendo com a visão de direito como instrumento de poder. O direito pertence à sociedade, pois a função ordenadora intrínseca ao direito é uma das dimensões na qual ela vive a sua história. A sociedade, como plural e complexa, não pode possuir um direito simples e unitário como o proveniente do Estado.

O direito deve ser plural e complexo o suficiente para demonstrar a diversidade de valores da sociedade. O social e o jurídico devem andar juntos, e não separados. Apesar de social e jurídico não serem a mesma coisa, pois o segundo

⁹⁷ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 99.

filtra o primeiro no que for pertinente às regras sociais, a civilização moderna construiu uma sólida barreira entre os dois.

Para Grossi, a idéia central, capaz de reabilitar o direito é a afirmação de seu caráter ordenador. Isso significa a eliminação de uma visão verticalista do direito, na qual o foco está na vontade do produtor da norma e no ato da sua produção. O caráter ordenador do direito não pode ser desconectado da complexidade, pois une a dimensão subjetiva do ordenador e a dimensão objetiva da estrutura real, que não pode ser subjugada pelo arbítrio do ordenador. Desta maneira, o texto da norma e a vontade do legislador é apenas o início da atividade jurisdicional que deve concluir com os fatos específicos e concretos de cada caso:

“o texto, em razão da sua abstração, traz em si uma normatividade potencial que espera, para completar-se, estender-se e entrelaçar-se com os fatos da vida dos destinatários da norma. E emerge em toda a sua vitalidade jurídica aquele momento interpretativo/aplicativo, que a dogmática constitucional burguesa havia expungido do processo formativo do direito e que, ao contrário, parece ser o verdadeiro momento de aperfeiçoamento, arremate que aperfeiçoa o procedimento, mas – aquilo que mais conta – no interior do próprio procedimento: a norma é realmente de tal natureza que, deixada à própria generalidade, torna-se graças à interpretação/aplicação regra da vida”⁹⁸

A aplicação demonstra, mais que a norma, a essência do direito, pois apenas com o momento da aplicação é que a norma é capaz de se conectar com a sociedade e o direito retorna ao seu papel ordenador. Sem esse momento, a norma é apenas um pedaço de papel, válida, mas não efetiva. Assim, Grossi vê a “interpretação como momento essencial da positividade da norma, uma condição ineliminável para a concretização da sua própria positividade”⁹⁹.

Nesse sentido, Klaus Günther demonstra a importância da aplicação e como ela é um momento distinto da criação de normas e que, por isso, devem ser tratados de maneiras diferentes. Ele demonstra como a separação entre o momento da aplicação e o momento da elaboração de normas é lógica, pois possuem objetivos distintos e mutuamente importantes. A aplicação completa a efetivação do direito ao concretizar o direito nos casos reais e específicos da sociedade. Este momento traz

⁹⁸ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105.

⁹⁹ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 90.

o direito para dentro da sociedade e permite que as complexidades e diversidades sociais sejam absorvidas pelo direito.

II.1. Günther – coerência

Klaus Günther, em seu livro “Teoria da Argumentação no Direito e na Moral”, procura estabelecer a relação entre ação, norma e situação por meio da diferenciação entre a dimensão de validade e de aplicação das normas.

Para Günther a delimitação da faculdade de julgar é questão controvertida em diversas tradições filosóficas. Na tradição aristotélica, a faculdade de julgar está diretamente ligada à avaliação correta da situação: a prudência determina que o “correto” irá depender da situação. Neste pensamento, a fundamentação de uma norma não pode ser separada da avaliação de uma situação concreta. A faculdade de julgar une a fundamentação e a aplicação da norma. Entretanto, essa perspectiva cai perante a diversidade de modo de vida do mundo moderno. Com o colapso da visão teleológica de mundo, não podemos mais impor um modo de vida que possa ser obrigatório a todos os indivíduos. Dessa maneira, a prudência se tornou desprovida de moralidade e juridicidade, restando apenas no aspecto político. Assim, tornou-se necessário abstrair-se a qualidade moral de uma norma do modo de vida específico para que fosse aplicado.

Na tradição kantiana¹⁰⁰ ocorreria o inverso, segundo Günther. As éticas universalistas subjagam os modos de vida e negligenciam a faculdade de julgar e analisar as diversas situações de aplicação. Além de negligenciar a faculdade de julgar, essas éticas estão sempre a mercê de descuidar de um problema da vida prática, que pode assumir o “aspecto de um rigorismo abstrato, cego para os fatos e obstinado, que é rapidamente posto a serviço de intenções imorais. Esse perigo sempre surge quando a universalização do princípio moral é utilizada como uma

¹⁰⁰ Nesse sentido: “a razão pura pode ser prática, isto é, pode determinar por si mesma a vontade, independentemente de todo elemento empírico”. KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução: Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005, p. 44.

máxima concreta de atuação”¹⁰¹. Assim, há uma permissão de que uma norma passível de ser generalizada seja efetivamente aplicada sem que haja o devido exame da situação em concreto.

Dessa maneira, enquanto a ausência de universalização da tradição aristotélica impediria a aceitação dos diferentes modos de vida, a abstração da tradição kantiana negligenciaria os problemas das situações concretas¹⁰².

Para Günther, é impossível abdicar da razão prática. Apesar do reconhecimento das limitações de tempo que nos impedem de conhecer todos os aspectos relevantes de uma situação, é possível pensar em soluções que se baseiem na própria contingência e indefinição. Uma terceira alternativa poderia ser pensada de maneira que a contingência pudesse ser separada da fundamentação de normas e apenas retornar como problema no momento da sua aplicação. Assim, não seria necessário abrir mão da abstração, nem ignorar o problema da contingência:

“Perquirindo uma definição mais precisa à questão da aplicação por meio da faculdade de julgar, ficou evidente até agora que as sugestões ou contornam o problema ou resolvem-no às custas de elementos essenciais. Nesse processo, enfrenta-se o dilema de precisar pressupor a impossibilidade de distinção entre a fundamentação e a aplicação, com a consequência de deixar o problema da aplicação indeterminado, ou ter a possibilidade de dizer algo a respeito do problema da aplicação, forçando-se, porém, a abandonar as reivindicações pertinentes a uma fundamentação racional de normas. Tentativas aristotélicas de solução deram provas da sua insuficiência por se referirem às normas morais, integrando-as na concepção de uma vida boa, a qual não mais consegue resistir à pressão da contingência de situações de aplicação. Já teorias sistêmicas resistem a essa pressão para, em seguida, absorverem-na a ponto de tornar supérflua a conexão do problema com a atuação moral.”¹⁰³

¹⁰¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 27.

¹⁰² “While Aristotelian phronesis focuses on specific alternative courses of action and links normative considerations with empirical observations and questions of rational choice in a nonperspicuous manner, practical reason in the Kantian sense, by the contrast, is restricted to questions of normative justification in such a radical fashion that no tradition of way of life, however deeply rooted in our everyday praxis, can escape problematization. No normative validity claim raised in the lifeworld is immune to challenge; everything counts as a hypothesis until it has regained its validity through the authority of good reasons”. HABERMAS, Jürgen. *Justification and application: remarks on discourse ethics*. Cambridge: MIT Press, 1994, p. 120.

¹⁰³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 32.

II.1.1. A configuração do Princípio “U”

Inicialmente, Günther se depara com a seguinte questão em relação a fundamentação de uma norma: as normas podem ser fundamentadas por si mesmas, independentemente das situações de aplicação? Para responder a essa questão, o autor se baseia no princípio moral de universalização de normas, proposto por Habermas para fundamentar uma ética do discurso, segundo o qual, uma norma, para ser válida, deve satisfazer a condição de “que as consequências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos”¹⁰⁴.

Deste princípio, retira-se a conclusão de que a universalização exige que a consideração das situações de aplicação seja feita no momento da fundamentação da norma, sendo difícil perceber uma distinção entre a fundamentação e a aplicação. Entretanto, seria realmente possível fundamentar a validade de uma norma independente da observação das situações de aplicação?

Num nível pré-discursivo, podemos fundamentar uma ação por meio de uma norma geral de ação ou de um princípio de ação. Nesse âmbito, a situação de aplicação tem grande importância na fundamentação, por estabelecer um critério de adequação a uma ação que necessite de justificação. Mas as características da situação não podem apontar esse critério isoladamente. É necessário que haja uma norma de ação que realize uma ponte entre os dados concretos e ação carente de justificativa.

A justificação da ação nesse caso só abrange o problema da aplicação em seu sentido estrito. A ação é justificada se houver uma regra conclusiva que permita a passagem dos dados para a ação, mas esta regra deve ser aplicada de maneira correta aos fatos. Entretanto, essa fundamentação não resolve o problema da aplicação tendo em vista os diversos dados, características situacionais e regras conclusivas (as quais poderiam ser aplicadas de maneiras diferentes à original).

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 86.

Assim, essa solução em um nível pré-discursivo não “contribui em nada para o problema de aplicação no seu sentido mais amplo, que se refere não à aplicação correta de uma norma, mas à aplicação da norma correta (apropriada)”¹⁰⁵.

Num segundo nível, o discursivo, trata-se da fundamentação da norma geral de ação e não mais de uma ação isolada. Neste caso, o princípio de universalização “U”, ficará no lugar da regra conclusiva e irá proporcionar a passagem dos fatos para a norma que deve representar um interesse geral. A aplicação de “U” como regra conclusiva deve relacionar a norma com os interesses de todos os implicados, condicionando a validade da norma à concordância dos envolvidos. Para ser possível analisar os interesses dos implicados, é necessário antecipar todas as situações de aplicação:

“Caso ‘U’ tenha de servir para examinar se a proposta original de uma norma configura um ‘interesse comum a todos os implicados’, ele evidentemente incorporou uma ‘ponderação de interesses’ na argumentação prática, que só poderá obter o seu conteúdo a partir de possíveis situações de aplicação. Se as consequências da aplicação de uma norma afetarão os meus interesses e as minhas próprias orientações normativas (carecedoras de justificativa), somente saberei quando indagar sobre os resultados advindos das situações em que ocorra uma aplicação da proposta normativa”¹⁰⁶

Contudo, não é possível a previsão de todas as situações de aplicação presentes e futuras, tendo em vista a nossa limitação de tempo e de cognição. Da mesma maneira, nossos interesses dependem de interpretações e tradições que podem se alterar com o tempo. Assim, a aplicação de “U” só pode levar em consideração algumas situações de aplicação possíveis (e não todas), limitando o entendimento do que seja a satisfação de todos os interesses em todas as hipóteses. Por isto, Günther divide o princípio de universalização “U” em duas versões: uma forte e uma fraca.

Neste sentido, o princípio “U” exige “que se considerem as consequências e os efeitos colaterais de uma observância ou aplicação geral da norma carecedora de justificção”¹⁰⁷. Desta maneira, o princípio possui dois significados principais: todos

¹⁰⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 55.

¹⁰⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 56.

¹⁰⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 59.

os destinatários da norma a ser justificada devem observá-la e ela deve ser aplicada em todas as situações. O primeiro significado é simples, o objetivo do princípio é verificar se a norma realmente favorece o interesse comum de todos, não podendo ser reduzido o rol de destinatários que irão observá-la. A segunda é mais complexa, pois para entendê-la é necessário analisarmos o que se quer dizer com uma “aplicação geral da norma em todas as situações”.

Uma norma nunca é aplicável a apenas um conjunto de situações iguais. Ela pode ser aplicada a inúmeras situações diferentes. Por conseguinte, a expressão (contida no princípio “U”) “conseqüências e efeitos colaterais da observância geral de uma norma”, não pode se referir a apenas algumas situações em que é possível aplicar a norma. Para que a norma seja válida, ela deve ser aceita por todos em todas as suas possíveis circunstâncias de aplicação.

A essência do princípio de universalização é a importância dos interesses individuais de cada um. Para evitar que os interesses individuais sejam prejudicados pelos de uma maioria, todos os participantes devem se colocar no lugar dos demais e assim verificar a intensidade de todos os interesses afetados.

Por isso, não é possível se pensar na aplicação do princípio “U” de maneira monológica. A aplicação deve se dar por meio de discursos práticos nos quais todos os participantes possam, igualmente, expor seus interesses. Desta maneira, “U” preserva a imparcialidade na consideração dos interesses dos participantes, sem a necessidade de uma restrição artificial do conhecimento, como na posição originária de Rawls em que os participantes estariam sob o véu da ignorância.

Os interesses a serem levados em consideração no momento de fundamentação de uma norma – de acordo com essa análise que estamos fazendo do princípio “U” – devem ser não apenas os interesses atuais e gerais dos participantes. Todos devem saber quais serão os seus interesses em todas as possíveis situações de aplicação da norma a ser justificada.

Günther propõe uma “versão forte” de “U” que se coadune com essa interpretação dos significados do princípio de universalização proposto pela Ética do Discurso:

“Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada se em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância

geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente”¹⁰⁸.

Sob essa interpretação forte de “U” que temos mostrado o problema da aplicação de uma norma desapareceria, pois todos os participantes, no momento da justificação de uma norma, já teriam previsto todas as suas possibilidades de aplicação. Desta maneira,

“a ponderação de uma norma diante de todas as outras aplicáveis em uma situação já seria antecipada pela aplicação de “U” àquela norma. Neste caso não teríamos apenas decidido que a norma é válida, ou seja, que ela pode ser aceita por todos os afetados como a representação do seu interesse comum, mas inclusive que essa norma é também a adequada em cada situação individual passível de sua aplicação”¹⁰⁹.

Entretanto, essa versão forte – que objetiva garantir o princípio de imparcialidade na aplicação de uma norma em todas as suas situações – é idealista. O nosso saber não consegue abranger todos os casos de aplicação de uma norma e assim subsumir o juízo de adequação ao juízo de validade da norma. Por isso, Habermas teria sublinhado uma versão mais fraca do princípio “U”¹¹⁰, de maneira que deveriam ser consideradas apenas aquelas situações e consequências que resultarem de maneira previsível da observância geral da norma. Assim, o princípio “U” estaria condicionado ao conhecimento do momento atual.

Essa deficiência cognitiva dos participantes não conseguirem prever todas as situações de aplicação não significa que a idéia de validade não possuiria mais sentido. A validade da norma possui sentido na medida em que este problema de conhecimento limitado não impede que os participantes tenham o direito de analisar as vantagens e desvantagens que podem ser previstas. Desta maneira, a norma justificada de acordo com o princípio “U” representa um interesse comum, no momento presente e de acordo com o conhecimento possível. A observância geral de “U” não se refere a todas as situações previsíveis, mas apenas àquelas situações possíveis de prever no tempo atual.

¹⁰⁸ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 65.

¹⁰⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 64.

¹¹⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 66.

Assim, Günther sugere uma “versão mais fraca” do princípio de universalização, na qual se desiste da intenção de conhecer antecipadamente todas as situações que uma norma seja aplicável:

“Uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente”¹¹¹.

Segundo essa versão mais fraca do princípio de universalidade, no âmbito da validade não é lícito questionar sobre de que maneira uma norma será aplicada em determinada situação, apenas deve-se questionar as consequências que previsivelmente teriam um impacto sobre os nossos interesses caso a norma seja aplicada. Desta forma, a validade apenas se refere à questão de se a norma encontra-se dentro dos nossos interesses comuns.

Já no âmbito da adequação, será analisada apenas uma situação de aplicação e não todas as hipóteses possíveis. A adequação irá restringir a versão forte de “U” a um único caso, no qual serão examinadas todas as características.

Poderia argumentar-se que sob o ponto de vista da versão mais fraca de “U”, a idéia de imparcialidade também se enfraqueceria. Entretanto, ambos planos, de adequação e de validade, representam uma determinada idéia de imparcialidade. No plano da validade, a imparcialidade aparece no sentido universal-recíproco, segundo o qual se exige que as consequências e os efeitos previsivelmente resultantes da observância geral da norma sejam aceitos por todos. Já no plano da adequação, a imparcialidade complementa-se ao aparecer em seu sentido aplicativo, de maneira que em cada uma das situações de aplicação sejam consideradas todas as características.

É certo que não é possível que todas as características sejam verificadas, mas essa indefinição estrutural pode ter seus problemas reduzidos por meio de fundamentações racionais e de aplicações realizadas com sensibilidade. Para Günther, esta indefinição estrutural apenas “assumirá proporções catastróficas se, cegos, insistirmos na validade de uma norma e, pela emotividade passional de

¹¹¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 67.

decisões existenciais últimas, tirarmos do nosso foco o problema da sua adequação”¹¹².

A versão fraca de “U” seria então uma regra de argumentação capaz de dotar uma norma de validade em discursos de fundamentação, enquanto nos discursos de aplicação, a pretensão de validade da norma seria combinada com uma situação determinada na qual a norma será aplicada:

“a versão fraca de “U” deveria ser compreendida como uma regra de argumentação em discursos de fundamentação, que resgatem a pretensão de validade de uma norma tendo em vista o interesse comum de todos os afetados, sob condições de um conhecimento restrito a respeito de possíveis contextos de aplicação. Mas, complementarmente a isto, nesse caso também seria possível a concepção de um discurso de aplicação que transformasse em procedimento o sentido aplicativo de imparcialidade e que tivesse como tema a adequação de uma norma a uma circunstância, em consideração a todos os sinais característicos da situação de aplicação”¹¹³.

Os discursos de aplicação “recontextualizam” a validade da norma, por meio da consideração adequada de todos os aspectos relevantes da situação a ser aplicada. Cada nova circunstância de aplicação irá acrescentar novos aspectos que podem trazer mudanças imprevistas ao conteúdo semântico da norma para que esta considere adequadamente todos os sinais característicos da situação. Essa dinâmica de aplicação não ocorre nos discursos de fundamentação que devem estagnar a consideração do interesse comum num determinado tempo para que seja possível generalizar uma norma de acordo com as consequências e efeitos colaterais da sua observância geral¹¹⁴. Assim, “a correção moral de uma ação deve ser entendida em duplo sentido. Chamamos uma ação de correta porque é o resultado da aplicação *correta* (adequada) de uma norma *correta* (válida)”¹¹⁵.

A diferenciação entre fundamentação e aplicação permite que a ética do discurso argumente moralmente, ainda que a compreensão dos diferentes modos de

¹¹² GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 73.

¹¹³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 78-79.

¹¹⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 80.

¹¹⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 93.

vida (diferentes contextos de aplicação) seja relativizada¹¹⁶. Isso porque, em se admitindo uma versão fraca de “U”, a análise de todas as situações de aplicação não precisa ser feita no momento de fundamentação de uma norma (o que não seria possível devido ao nosso tempo e conhecimento limitados). As situações de aplicação são relativizadas, pois a norma não mais generaliza todas elas numa definição abstrata fechada, pois todos os contextos, posteriormente, são analisados de maneira adequada¹¹⁷.

Apesar de aparentar que todos os aspectos moralmente decisivos se encontrariam no momento da aplicação, o momento da fundamentação não é descartável:

a força justificadora de sinais característicos de uma situação não resulta exclusivamente de interpretações de situações, mas igualmente de uma norma carecedora de fundamentação que adequadamente se lhe aplique. A obrigatoriedade do dever moral não pode depender exclusivamente do que a norma ou modo de agir em questão casualmente esteja fazendo parte da nossa prática comum. Foi esse o progresso que Kant obteve com o estabelecimento do imperativo categórico como um princípio moral universal, diante de éticas aristotélicas ou éticas de moral sense. Apenas sob esta pressuposição é que nós conseguiremos, independentemente da nossa casual forma de viver, sustentar a criticabilidade universal das nossas normas e dos nossos modos de agir¹¹⁸.

Os processos coletivos de aprendizagem moral precisam de um princípio capaz de nortear a consideração de novas situações e a consequente modificação de concepções morais ultrapassadas, que não mais podem ser justificadas. Para

¹¹⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 96

¹¹⁷ Nesse sentido, afirma Habermas: “a diferença lógica e argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas reflete-se nas formas comunicativas de discursos de fundamentação e de aplicação, que precisam ser institucionalizados juridicamente, de diferentes maneiras. Em discursos jurídicos de aplicação, é preciso decidir qual das normas tidas como válidas, numa situação dada, e cujas características são descritas da forma mais complexa possível, é adequada. Esse tipo de discurso exige, de um lado, uma constelação de papéis, na qual os partidos (e, conforme o caso, autoridades políticas mediadoras) podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso a um juiz, como representante imparcial da comunidade; de outro lado, uma distribuição de competências segundo a qual o tribunal tem que fundamentar seu julgamento perante uma esfera pública jurídica, em princípio ilimitada. Ao passo que nos discursos de fundamentação há apenas participantes. De outro lado, a fim de impor suas decisões – e a execução do direito – a justiça apela para os meios de repressão do aparelho do Estado, passando a dispor, ela mesma, de um poder administrativo. Por esta razão, a justiça precisa ser separada da legislação e impedida de uma autoprogramação”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, V. I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 215-216.

¹¹⁸ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 97.

Günther, esse princípio é o da imparcialidade – considerado tanto no sentido universal-recíproco quanto no aplicativo. Este princípio é responsável por promover um ônus argumentativo para aqueles que continuarem a dar um tratamento desigual apesar das novas circunstâncias¹¹⁹. O ônus argumentativo vincula a aplicação de uma norma à consideração de todos os sinais referenciais de uma situação.

O princípio da aplicação imparcial será responsável pelo reconhecimento de mudanças, bem como pelo estímulo a que elas ocorram, por meio de uma aplicação autocorretiva. Entretanto, essa autocorreção da norma por meio da aplicação, tendo em vista mudanças de sinais característicos do contexto, é necessária para a aceitação do ideal universalista que aparece no princípio “U”, pois só a partir dele será possível que grupos que sejam tratados de maneira desigual possam invocá-lo ao seu favor.

“apenas uma aplicação imparcial nos dará condições de utilizar uma norma universalmente fundamentada também em contextos ampliados e alterados e, com isso, esgotar todas as variantes do seu significado. Variações de contexto obrigam a novas interpretações da situação, nas quais novos interesses poderão obter importância”¹²⁰.

A aplicação imparcial exige que se considerem novas interpretações de uma situação que irão modificar ou revisar o conteúdo de uma norma (tendo em vista o contexto agora conhecido) se ela puder ser aceita por todos com razões (fundamentadamente). A análise de todos os sinais característicos de uma situação levará a uma interpretação que seja coerente. A norma a ser aplicável deve ser coerente com todas as outras normas, e da sua coerência derivará a adequação da norma com as circunstâncias especiais. A aplicação, diferente da fundamentação de uma norma, exige sempre a avaliação do contexto que será aplicada.

O ideal de imparcialidade exige que se verifiquem os dois momentos, de fundamentação e de aplicação. Enquanto um concretiza a universalidade no seu sentido universal-recíproco, o outro a concretiza no sentido aplicativo. Assim, tanto a universalização de normas quanto a aplicação de normas se completam, sendo unificadas pelo ideal de imparcialidade. O princípio de universalização, longe de ser

¹¹⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 99.

¹²⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 115.

dispensado como um ideal utópico, deve estar presente na fundamentação de normas e sempre ser concretizado pela aplicação:

“Para esgotar completamente a idéia de imparcialidade, não basta produzir uma norma situacional e coerente quanto à aplicação adequada, Permanece o sentido univresal-recíproco do princípio da imparcialidade, que aponta para além da respectiva situação e, segundo o qual, a validade de uma norma se orienta”¹²¹.

II.1.2. Normas *prima facie* e normas definitivas

Como anteriormente vimos, para Günther o ideal de imparcialidade pode ser dividido num discurso de fundamentação dependente de um discurso de aplicação para examinar todos os sinais característicos de uma situação. Com a passagem para uma consciência moral pós-convencional - na qual a expectativa de validade não irá mais se dirigir às perspectivas de um grupo particular, mas a todos, sendo necessária uma relativização dos modos de vida¹²² - o pleito de validade de uma

¹²¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 117.

¹²² Lawrence Kohlberg distingue três estágios principais no desenvolvimento do juízo moral: o pré-convencional, o convencional e o pós-convencional (ou orientado por princípios). O terceiro estágio (pós-convencional), que nos interessa no momento, é separado em dois sub-estágios: o primeiro revela o surgimento do contrato social, da utilidade social, dos direitos humanos e da correta observância de regras e normas; o segundo revela o surgimento de princípios morais universais, com a observância de um pleito universalista, segundo o qual são protegidos direitos humanos iguais e o respeito à dignidade humana. A passagem de um estágio para o outro é vista por Kohlberg como uma aprendizagem, na qual o “desenvolvimento moral significa que a pessoa em crescimento transforma e diferencia de tal maneira as estruturas cognitivas já disponíveis em cada caso que ela consegue resolver melhor do que anteriormente a mesma espécie de problemas, a saber, a solução consensual de conflitos de ação moralmente relevantes. Ao fazer isso, a pessoa em crescimento compreende o seu próprio desenvolvimento moral como um processo de aprendizagem. Pois, em cada estágio superior, ela deve poder explicar até que ponto estavam errados os juízos morais que considerava corretos no estágio precedente”. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 154-155. Na passagem para o estágio pós-convencional, verifica-se a função específica dos direitos absolutos, “eles protegem cada um individualmente daquelas normas e daqueles procedimentos que intervêm nos seus direitos absolutos. Foi nesse sentido que Dworkin designou os direitos absolutos de ‘trunfos’, que podem ‘desbancar’ leis simples ou ponderações políticas utilitaristas”. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 196. No mesmo sentido, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti afirmam que, apenas no segundo sub-estágio do estágio pós-convencional, “o modelo de comunidade de princípios, como descrito por Dworkin, pode ter pleno curso. O tipo de obrigação existente entre os cidadãos e entre a coletividade e seus membros não mais se baseia

norma não pode mais ser verificado pelo seu contexto; a validade não garante mais a sua adequação:

“Para que a validade de uma norma moral possa satisfazer essa condição requer-se de uma instituição especial, contextualmente independente, que possibilite uma participação universal de todos os afetados no estabelecimento de uma perspectiva comum. Isso poderá ocorrer de um modo virtualizado em forma de princípios que representem um interesse comum a todos, e diante dos quais normas morais devam ser justificadas, ou em forma de procedimentos, nos quais seja garantida a universalidade em virtude de todos os afetados participarem com iguais direitos. Em ambos os casos, a validade de uma norma se orienta por razões que já não serão legítimas por serem originadas em um determinado contexto, mas por terem sido aceitas por todos. Com isso, fundamentação e aplicação se dissociam”¹²³.

Com essa passagem, a aplicação se torna “livre” para contemplar todos os contextos relevantes de uma situação. Ao lado do sentido universal-recíproco da imparcialidade, surge o sentido aplicativo capaz de adequar todos os sinais característicos de uma situação. Assim, embora tanto a fundamentação quanto a aplicação façam parte da razão prática, ambas são avaliadas por sentidos diferentes de imparcialidade. Os discursos de fundamentação devem considerar normas válidas “sob circunstâncias inalteradas”, enquanto que os discursos de aplicação devem considerar adequações válidas “sob consideração de todas as circunstâncias”¹²⁴.

A aplicação irá depender da adequação de uma norma a todos os aspectos da situação. A obrigatoriedade do exame de todos os aspectos de uma situação, proveniente do princípio da aplicação imparcial, acaba por provocar colisões de normas.

Günther ressalta que a diferença entre razões *prima facie* e razões ponderadas poderia ser proposta da seguinte maneira: as razões *prima facie* seriam aquelas que pressuporiam a manutenção das circunstâncias, ou seja, elas se verificam “*sob circunstâncias inalteradas*”; já as razões ponderadas impõem uma

apenas em acordos de tipo contratual traduzido em regras, entendidas como limites, mas remete a princípios de conteúdo moral e com apelo universalista”. CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 88.

¹²³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 249-250.

¹²⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 303.

ação ou não ação “*sob todas as circunstâncias*”. A elas se associariam a idéia de, respectivamente, um “dever *prima facie*” e de um “dever ponderado”.

Entretanto, Günther critica essa distinção e não coloca as normas *prima facie* em oposição com as normas absolutas, ou “efetivas” (enquanto a primeira apenas indicaria uma direção a seguir, a segunda imporia um compromisso numa situação concreta). Classificar as normas dessa maneira implicaria no esgotamento de todo potencial coercitivo das obrigações *prima facie*, visto que o juízo coercitivo apenas se daria numa situação concreta¹²⁵:

“a distinção entre obrigações (normas) *prima facie* e absolutas não poderá ser relacionada com o caráter de obrigação, uma vez que, de outro modo, seríamos obrigados a extrair conclusões absurdas. O resultado seria dois diferentes conceitos de validade: uma validade *prima facie*, na qual ficaria em aberto em que grau ela estaria impondo um compromisso; e uma validade absoluta, que não pode ser restrita¹²⁶.”

Podemos dar o exemplo do caso amplamente trabalhado na doutrina de uma pessoa que promete ir a festa de um amigo, mas que deixa de ir por ter que cuidar de outro amigo que está doente. Neste caso, não haveria nem mesmo um conflito de obrigações (ir à festa ou cuidar do amigo), pois a promessa de ir à festa nunca teria sido feita, pois as obrigações *prima facie* não seriam obrigações verdadeiras.

Assim, deve-se desistir de uma distinção “como ponto de vista de classificação de normas ou obrigações e, em lugar disso, fazer com que ela dependa de uma máxima conversação”¹²⁷. A diferença seria a quantidade de informações apreendidas numa conversação, não havendo uma relação de derivação ou hierarquização. Essa distinção tem a vantagem de não ser vinculada ao conceito da norma e à validade coercitiva de juízos normativos. A máxima conversação é ancorada “nas condições da ação, as quais estabelecem a forma de tratarmos as normas em situações”¹²⁸.

¹²⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 306 - 307.

¹²⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 310.

¹²⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 309.

¹²⁸ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 310.

A conversação gira em torno dos atributos “sob circunstâncias inalteradas” e “sob a consideração de todas as circunstâncias”. A estruturação desta conversação entre razões de ação implicará na validade de uma norma se referir à concordância geral, enquanto houver igualdade de circunstâncias, previsto na “cláusula *ceteris paribus*” (mantendo-se iguais as demais coisas)¹²⁹.

Os discursos de fundamentação de uma norma devem observar as diversas situações de aplicação de maneira fictícia; já nos discursos de aplicação, deve-se ultrapassar a ficção e explorar todas as circunstâncias para ver se são as mesmas propostas da fundamentação. A igualdade ou desigualdade das situações de aplicação, em comparação com a ficção proposta na fundamentação, devem ser analisadas. A colisão de normas se dará quando não houver a verificação da igualdade do discurso de fundamentação. A colisão ocorre, então, no discurso de aplicação, visto que, no discurso de fundamentação “constataremos tão-somente que, sob circunstâncias inalteradas, não há normas que colidam com a norma carecedora de fundamentação. A colisão, nesse caso, seria um problema de adequação e não da validade de normas”¹³⁰. Assim, o ideal de validade é relacionado com o de adequação para sabermos se “aquilo que, em uma situação, é adequado fazer, corresponde a uma norma válida”¹³¹.

Nesse sentido, Günther questiona a posição de Robert Alexy quanto à distinção entre o caráter *prima facie* e o caráter definitivo de uma norma e a sua relação com princípios e regras¹³². Günther discorre que para Alexy os princípios só conteriam razões *prima facie*, enquanto as regras conteriam razões definitivas. Assim, princípios podem ser contidos por regras ou por outros princípios em colisão,

¹²⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 311.

¹³⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 312.

¹³¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 312.

¹³² Ressalta-se que a crítica de Günther à distinção entre princípios e regras de Alexy não “*implica rejeitar a existência de ‘princípios’, ou, ainda, afirmar a exclusividade das regras como normas que estabelecem obrigações definitivas (...). Sua tese é compatível com a idéia de que há normas jurídicas mais abstratas cuja validade é a mesma das regras; especialmente se por ‘princípios’ consideramos argumentos que reconstroem parcialmente alguns aspectos do ordenamento jurídico segundo uma perspectiva moral, por exemplo, como faz Dworkin*”. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios*. Revista Direito GV, São Paulo, v.2, nº.1, jan./jun. 2006, p. 253.

mas as regras devem possuir uma cláusula de restrição ou necessitam de uma decisão sobre a sua validade¹³³.

Nesse sentido, os princípios representariam ordens *prima facie*¹³⁴ e teriam um caráter de mandamentos de otimização, pois ordenariam que “algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes”¹³⁵. Eles podem ser “satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida da sua satisfação não depende somente das possibilidades fácticas, mas também das possibilidades jurídicas”¹³⁶, que seria determinado pelos princípios e regras que entrarem em colisão. Os princípios teriam uma estrutura teleológica. Por outro lado, as regras são normas que devem ser cumpridas ou não, dependendo da sua validade. “Se uma regra vale, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais, nem menos”¹³⁷.

Para Alexy, numa colisão de regras, apenas uma delas será válida e deverá ser totalmente obedecida, isto pois “o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é”¹³⁸. Desta maneira, “não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever ser

¹³³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 314.

¹³⁴ Alexy relativiza o caráter *prima facie* dos princípios, pois um princípio poderia até mesmo introduzir uma cláusula de exceção a uma regra. Entretanto, “*mesmo diante de um fortalecimento de seu caráter prima facie, os princípios não obtêm um caráter prima facie como o das regras. O caráter prima facie dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios (...) Ainda assim, o caráter prima facie das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte. Portanto, mesmo à luz dos necessários refinamentos acima apresentados, regras e princípios continuam a ter um caráter prima facie distinto*”. ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105-106.

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

¹³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

contraditórios entre si sejam válidos”¹³⁹. Já os princípios admitem a possibilidade de colisões, pois teriam uma estrutura aberta. Ambos os princípios ao entrarem em colisão se manteriam válidos, pois o que importaria é a dimensão do peso. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”¹⁴⁰.

Para Günther, a “distinção entre princípios e regras não é uma distinção do conceito de norma, mas das condições da ação, sob as quais as normas são aplicadas. Para Alexy, o tipo da norma irá definir o tipo de aplicação, entretanto, Günther fundamenta a estrutura da norma com base na imparcialidade, e por isto, questiona a caracterização de princípios como mandamentos de otimização feita por Alexy, vez que os procedimentos de aplicação deveriam ser iguais a todas as normas”¹⁴¹:

“Uma vez que Alexy não define princípios de acordo com a sua fundamentação e aplicação, porém conforme a sua estrutura de norma, ele pode atribuir-lhes um conteúdo quase material (‘estado’, ‘alvo’), que possui um status normativo próprio (‘peso’) e exige imperativamente um tipo especial de aplicação (‘otimização’). O tipo de aplicação decorre da estrutura da norma e não de procedimentos aplicáveis a todas as normas”¹⁴².

Assim, Günther se opõe à distinção estrutural entre regras e princípios colocada por Alexy como normas definitivas e normas *prima facie*¹⁴³, pois para

¹³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92. Para Dworkin, “as regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada. Dados ou fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

¹⁴¹ Para Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti: “Valendo-se da distinção proposta por Dworkin entre regras e princípios, Alexy promove uma leitura dessa dicotomia como sendo inerente à estrutura das normas jurídicas, mantendo as regras como normas precedentes aos princípios na tarefa de aplicação”. CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 116.

¹⁴² GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 321.

¹⁴³ “O modelo de princípios é um modelo hermenêutico e não uma forma de classificação de espécies normativas em que se distinguem princípios das regras. A nosso ver, seria mais consentâneo reconhecer que todo o ordenamento jurídico contém tão-somente normas *prima facie* vinculantes e, como tais, sempre dependentes do caso concreto para se tornarem uma norma jurídica definitiva. É, assim, na forma de aplicação do Direito, que subjaz a distinção preconizada por Dworkin e acatada por Günther.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o*

Günther todas as normas seriam *prima facie* e os comandos definitivos seriam “sempre o resultado de juízos de aplicação de normas a casos concretos”¹⁴⁴.

“Não haveria sentido em atribuir a uma norma o caráter de definitiva antes que pudéssemos verificar se conflita com outras regras, pois o caráter definitivo de uma norma decorre de a considerarmos apropriada em situações que podemos compreender claramente. Quando, em situações concretas, aplicamos normas num sentido ‘absoluto’ isso ocorre porque já consideramos as circunstâncias relevantes (...) Não se trata de distintas estruturas (entre princípios e regras), mas sim de usos diferentes das normas jurídicas”¹⁴⁵.

Ainda, a definição de características estruturais da norma torna difícil de realizar a crítica de valores à luz de princípios¹⁴⁶. Os princípios para Alexy possuem uma estrutura teológica que os liga diretamente aos valores¹⁴⁷: “de um lado, é

constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 318-319.

¹⁴⁴ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios*. Revista Direito GV, São Paulo, v.2, nº.1, jan./jun. 2006, p. 251.

¹⁴⁵ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios*. Revista Direito GV, São Paulo, v.2, nº.1, jan./jun. 2006, p. 253.

¹⁴⁶ Para Menelick Carvalho Netto e Guilherme Scotti, Alexy “afirma apoiar-se em Dworkin para, no entanto, retornar a uma concepção de fórmulas metodológicas heurísticas, reduzindo os princípios a políticas ou seja, a normas de aplicação gradual, retomando as regras como normas capazes de, por si sós, regular a sua situação de aplicação, já que seriam aplicáveis na base do tudo ou nada, como se a distinção entre princípios e regras em Dworkin fosse simplesmente morfológica. Os direitos fundamentais que, em Dworkin, condicionam a legitimidade das políticas públicas, na teoria de Alexy, perdem precisamente essa dimensão”. CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 120-121.

¹⁴⁷ Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz: “Alexy parece não perceber que ao admitir possibilidades de que a lei da ponderação possa se estabelecer de forma desconectada da realidade que sua teoria acaba definitivamente retornando ao paradigma positivista. Primeiro porque pretende cindir a interpretação em duas, eis que seu pós-positivismo se limita à aplicação dos princípios enquanto que o emprego de regras ainda ficaria sob a égide do positivismo e de seus métodos de interpretação. Segundo porque ao dizer que as ‘regras de prevalência da ponderação’ podem ser fixadas abstratamente em caráter definitivo abandona qualquer perspectiva lingüístico-pragmática legada pela hermenêutica como analítica existencial, desde Heidegger e Gadamer. Logo, se perdem até mesmo as condições de possibilidade para o conhecimento, que dirá então das condições de validade do mesmo. Alexy e seus seguidores não percebem o problema e diante das críticas propugnam cada vez mais uma racionalidade em torno de fórmulas matemáticas do peso na lei da ponderação, como se com isso fosse possível tornar racionalizável sua teoria. Tal como as avestruzes que escondem suas cabeças na terra para não ver o perigo, Alexy não percebe que sua dicotomia de espécies normativas não tem como subsistir no estágio atual de racionalidade filosófica e científica”. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 295-296.

possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores”¹⁴⁸. Günther ressalva esta ligação entre os princípios e os valores¹⁴⁹, pois “segundo essa opção, tudo o que ocorrer no caso como valor deveria ser incorporado ao procedimento de ponderação, sem que esse valor possa ser continuamente questionado”¹⁵⁰. De tal modo que Alexy descreve a prática da jurisprudência constitucional misturando

“princípios e imperativos funcionais, que caracteriza o sistema administrativo ou econômico. Diante disso, para uma teoria procedimental de fundamentação e aplicação, valores deveriam se manter passíveis de críticas como interpretações de necessidade coletiva. Não obstante, isso só será possível se, por meio de uma estrutura especial de norma, tipos especiais de fundamentação e aplicação não forem mais predeterminados”¹⁵¹.

A separação entre argumentos de política e de princípios de Dworkin¹⁵² fornece uma solução para impedir essa fusão entre princípios e valores (criticada por Günther). Ao se separar a dimensão de valores da dimensão principiológica é possível que se promova uma crítica aos valores enquanto elementos de políticas sociais. Assim, posteriormente aprofundaremos esta proposta de Dworkin ao tratar da sua teoria das decisões judiciais.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 144.

¹⁴⁹ Segundo Argemiro Cardoso Moreira Martins e Cláudio Ladeira de Oliveira, para Alexy, um conflito entre princípios “se resolve por meio de uma ponderação de valores traduzidos em ambos os princípios colidentes. Para Günther, contrariamente, não se trata de uma disputa entre valores, mas da determinação de uma norma mais adequada ao caso concreto, cuja determinação não passa pelo processo de sopesamento de valores”. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios*. Revista Direito GV, São Paulo, v.2, nº.1, jan./jun. 2006, p. 247.

¹⁵⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 322.

¹⁵¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 322.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

II.1.3. O ideal da norma perfeita: validade e aplicação

O ideal de norma perfeita – segundo uma ética do discurso que tenha como base a aderência ao princípio de universalização numa formulação forte – é aquele em que cada um e todos os indivíduos aprovelem a norma, em todas as suas possíveis situações de aplicação.

Para que ela seja válida, as condições ideais da argumentação devem estar presentes: todos os destinatários da norma devem participar livremente e em condições de igualdade. Dessa maneira, assegura-se a reciprocidade universal da validade da norma. Parte das condições ideais também exige que os participantes disponham de um saber ilimitado e de um tempo infinito. Este pressuposto requer que os participantes consigam prever todas as consequências e efeitos que o seguimento geral da norma irá trazer em todos os possíveis casos de aplicação.

Uma norma que conseguisse abranger todas essas condições ideais argumentativas, de fato seria uma norma perfeita, pois a adequação de sua aplicação seria englobada pela sua validade. Todas as situações de aplicação já teriam sido consideradas no momento do discurso de fundamentação. Assim, os participantes saberiam que não haveria nenhuma situação em que o seguimento da norma pudesse lesionar um interesse geral.

Entretanto esse ideal de norma perfeita é problemático. Inicialmente, ele é totalmente irrealista, pois é impossível que os participantes de um discurso possam dispor de saber ilimitado e de tempo infinito. Para Günther, ainda há outro problema no âmbito conceitual, pois parece ser questionável a vinculação entre fundamentação e validade.

Günther dá exemplo de uma colisão entre duas normas válidas¹⁵³: “as promessas devem ser cumpridas” e “ajudar ao próximo, se ele se encontrar em uma situação de necessidade”. Em ocasiões especiais, estas normas podem entrar em conflito e não será possível cumprir as duas ao mesmo tempo, embora isto não signifique que uma delas seja considerada inválida.

¹⁵³ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normative de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica*. Paper ampliado e revisado de uma conferência pronunciada pelo autor no Simposio “The Legitimacy of Law”, celebrado em Murikka-Institut, p. 280.

Muito diferente seria o caso de haver uma norma que previsse que “sempre que te proporcione uma vantagem, é permitido não manter uma promessa”. Enquanto que no caso exposto acima, ambas as normas eram generalizáveis e por isso não poderiam ser consideradas inválidas, já neste caso, apenas uma das duas normas que entram em conflito é generalizável. Isto significa que para a resolução do primeiro tipo de colisão, não é relevante uma argumentação sobre a validade de uma norma.

Aqui se pode discernir dois tipos de conflitos que Günther coloca como “colisões internas” e “colisões externas”. As colisões internas seriam aquelas do segundo tipo de conflitos, elas afetariam a validade de uma norma – seria possível identificar a norma aplicável independentemente das situações reais de aplicação. Diferentemente, as colisões externas só podem ser resolvidas em situações de aplicação.

Se limitarmos o conceito de validade à reciprocidade da consideração de interesses em circunstâncias iguais, o conceito já não mais implicará a adequação da aplicação de uma norma em quaisquer circunstâncias. As normas válidas só seriam aplicáveis *prima facie*, quando colocadas frente a uma situação de aplicação. Desta maneira, as situações iguais devem se completar com uma descrição íntegra que considere também as circunstâncias variáveis em cada situação.

Um discurso de justificação não é capaz de atender a essa demanda das variáveis situações de aplicação. Por isto, seria necessário um discurso de tipo especial, que Günther chama de “discurso de aplicação”. Para os discursos de aplicação, as normas válidas constituem apenas razões *prima facie* para a justificação de enunciados normativos particulares. As razões serão definitivas somente após passarem pela adequação por meio da consideração de todas as circunstâncias da situação.

Dessa maneira, o ideal de norma perfeita é alcançado indiretamente. Apesar de, a princípio, não adotarmos uma versão forte do princípio “U” – pois não consideramos todas as hipóteses de aplicação no momento da fundamentação da norma –, o princípio “U” se torna forte ao anteciparmos, em cada situação de aplicação, todas as circunstâncias de um momento determinado.

Assim, nos momentos de colisão entre duas normas válidas generalizadas, não se trata de resolver o problema da validade das normas, mas sim de resolver o problema da adequação de uma norma aplicável *prima facie*. Os requisitos irrealis de

saber ilimitado e tempo infinito para analisar todas as hipóteses de aplicação de uma norma são retirados do discurso de validade e retornam ao discurso de aplicação sob a forma real e possível da análise das circunstâncias de um momento determinado, com base em um saber e um espaço de tempo limitados.

Considerar uma norma aplicável *prima facie* não significa que ela tem reduzida a sua normatividade. A reserva *prima facie* apenas significa que para uma justificação em um juízo particular, não basta que se afirme que é aplicável uma norma válida. Os participantes devem fundamentar a restrição ou suspensão de uma norma válida.

A aplicabilidade *prima facie* das normas válidas também não significa que o discurso de validade seja um procedimento supérfluo e que as normas careçam de significado moral. Num discurso de validade, verificamos se uma norma é de nosso interesse comum, desta maneira, normas que entrem em conflito com o nosso interesse racional nem mesmo deveriam ser utilizadas como razão *prima facie* num discurso de aplicação. A superfluidade do discurso de validade significaria que não existiriam normas válidas a serem aplicadas de maneira geral ou *prima facie*, só haveriam normas *ad hoc*, válidas para apenas uma única situação. Assim, viveríamos numa sociedade em que não seria possível pressupor nenhuma norma válida com aplicação *prima facie*, pois a todo momento estaríamos sendo confrontados com situações novas para as quais não haveria nenhuma moral aplicável a princípio.

II.1.4. Argumentação de adequação

O elemento inicial importante em discursos de adequação é a descrição completa da situação. Esta descrição completa se dá de maneira argumentativa dos pontos relevantes da situação. O diálogo entre proponente e opositor irá levantar questões do por que algumas situações foram consideradas relevantes e outras não. Este diálogo trará as diversas situações e configurará um panorama completo das características circunstanciais.

“Se o oponente quiser contestá-la, deverá indicar outros sinais característicos da situação. Se proponente pretender perseverar na sua afirmação, deverá oferecer razões para refutar os outros sinais peculiares. Com a afirmação de relevância, portanto, sempre se estará pleiteando também a própria capacidade de se fundamentar por que todos os demais sinais característicos da descrição situacional não entram em questão. Com essa linha de raciocínio, a argumentação de adequação chega até a razão prática, porque a fundamentação da afirmação de relevância está sob a pressuposição de uma descrição situacional completa”¹⁵⁴.

Após a análise de todas as características situacionais ocorre um “esgotamento normativo” da situação – todas as normas possivelmente aplicáveis são analisadas - e podem surgir colisões entre normas.

Günther observa que a colisão de normas não pode ser remetida a uma solução com base em pleitos de validade, pois as normas em colisão apenas se apresentam numa situação concreta. Não é possível prever colisões, vez que não é possível antever todas as situações de aplicação. Apenas numa situação concreta poderemos verificar quais normas ou variantes de significados poderiam ser aplicáveis¹⁵⁵.

Entretanto, Günther ressalva que o critério para a ponderação de normas em colisão não pode ser material – conforme a teoria de Alexy que concebe os princípios como mandamentos de otimização. A utilização de um modelo de valor na teoria da estrutura da norma pode acabar por reduzir uma decisão ao estado situacional do relativamente melhor. A exigência de analisar todas as características situacionais apenas é compatível com a idéia de imparcialidade se estiver separada das condições de validade:

“O problema assim aludido consiste no perigo de se introduzir, no momento de determinar a estrutura de argumentação, os critérios materiais que, por si próprios, deveriam constituir tema de uma argumentação de adequação. Um conceito procedimental de adequação ou aplicação procedimental de normas deveria, entretanto, conter-se diante de tais critérios materiais implícitos. Se se pretende que exista adequação na consideração de todos os sinais característicos situacionais, o método de consideração não poderá, por sua vez, ser determinado por meio de critérios materiais. As condições de adequação não devem prejudicar a validade de uma norma”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 347.

¹⁵⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 350.

¹⁵⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 352.

Dessa maneira, a idéia de imparcialidade apenas se coaduna com uma argumentação de adequação baseada num critério formal. A norma deve ser aplicada, considerando-se todas as circunstâncias, quando ela for passível de ser compatibilizada com todas as outras normas de uma situação. O critério formal, portanto, só poderá ser o da coerência da norma em relação às demais normas e suas variantes de significado de uma situação¹⁵⁷. O critério da coerência é específico para os argumentos de adequação e não pode ser utilizado como argumento em discursos de fundamentação. A coerência aqui tratada não prevê nenhuma ordem pré-determinada, ela deve ser estabelecida em relação a cada caso.

“Deste modo, o critério de coerência, introduzido nesse ponto, tanto se distingue das teorias da eticidade, nas quais a validade sempre está incluída na adequação, quanto das teorias de coerência moral, no sentido mais estrito – que não apenas determinam a aplicação, mas também a fundamentação de validade de uma norma segundo a sua posição na relação de equilíbrio com outras normas”¹⁵⁸.

Os discursos de aplicação pressupõem que as normas a serem utilizadas *prima facie* sejam consideradas válidas. Os participantes compartilham previamente um conjunto de razões tidas como válidas. O que ocorre é que nos discursos de aplicação há uma mudança na perspectiva em que são analisadas as normas: não mais é questionada a validade da norma, agora analisa-se o conjunto da situação em que ela está inserida. Os participantes do discurso irão questionar a adequação da aplicação de uma norma que estaria, a princípio, apoiando um juízo particular.

Entretanto, para Günther, numa situação de aplicação, a visualização das normas que estão em colisão num juízo particular depende da escolha das características seletivas de nossa compreensão normativa¹⁵⁹. Para tanto, deve ser observado o princípio de consideração de todas as características de uma situação, inclusive a própria interpretação normativa. Porém, tendo em vista que as demais

¹⁵⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 354.

¹⁵⁸ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 357.

¹⁵⁹ GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normative de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica*. Paper ampliado e revisado de uma conferência pronunciada pelo autor no Simposio “The Legitimacy of Law”, celebrado em Murikka-Institut, p. 288.

normas do sistema formam parte de nossa interpretação da situação a ser aplicada, sempre temos uma pré-compreensão das situações relevantes para a interpretação de uma norma. Para que não haja uma escolha arbitrária das características situacionais, a adequação de uma norma exige que a seletividade da interpretação seja justificada nos discursos de aplicação.

Uma interpretação coerente cumpriria o pressuposto da justificação da seletividade no discurso de aplicação. Enquanto alguns autores solucionam o problema da justificação por meio da ponderação entre os interesses relevantes, Günther afirma que apenas valores ou bens poderiam ser “medidos” por meio de uma ponderação e não normas e princípios. A interpretação coerente, por sua vez, forneceria como resultado de uma colisão de normas *prima facie* a melhor teoria dos princípios aplicáveis. Esta teoria seria um esgotamento ótimo do sentido normativo dos princípios, levando em consideração todas as circunstâncias.

Günther pressupõe, contrafactivamente, que as normas válidas formam um sistema coerente ideal que fornecerá sempre uma resposta correta. Os discursos de aplicação, são, desta maneira, um procedimento com o qual se pretende alcançar esta pretensão contrafáctica de um sistema coerente ideal. No entanto, numa situação fática, não é possível alcançar este sistema coerente de todas as normas.

Nas situações de aplicação, cada norma válida precisará ser complementada por todas as outras normas aplicáveis numa situação, por isto, em cada nova situação o significado de uma norma válida vai se alterar. A história está constantemente produzindo situações imprevisíveis, nas quais sempre será imposta uma interpretação diferente do conjunto de normas consideradas válidas.

Contudo, o discurso de aplicação não é isento de parcialidade. Ao tentarmos resolver um conflito entre princípios que não formam um conjunto ordenado, somos influenciados por paradigmas provenientes do nosso arcabouço cultural e experiencial. Estes paradigmas, por serem fontes de preconceitos e valorações erradas da realidade, minam a aplicação das normas válidas com parcialidade e unilateralidade.

Para impedir que esses paradigmas não nos leve a valorar erroneamente a situação, Günther afirma que eles devem ser constantemente criticáveis sob o duplo aspecto da idéia de imparcialidade: com respeito à validade das normas particulares e com respeito à relação de coerências entre as normas particulares. Assim, os paradigmas devem ser criticados se interferem na reciprocidade da consideração

dos interesses (âmbito da validade) ou se a descrição da situação em que a norma é inserida não é compatível com a descrição completa da situação (âmbito da aplicação).

II.1.5. O sistema jurídico e a indefinição

Até o momento, Günther não diferencia normas jurídicas de normas morais, pois ambas podem se inserir na construção de uma teoria da aplicação imparcial de normas válidas. Para o autor, o direito se enquadra no pleito da imparcialidade, visto que igualmente trata da aplicação de normas legitimamente constituídas, entretanto, direito e moral não se confundem.

No entendimento de Günther, a constituição de um Estado se fundamenta mais no princípio da reciprocidade do que no perigo de um estado de guerra. O princípio de universalização vincula a validade de uma norma à pressuposição de uma observância geral. “A aceitabilidade das razões apresentadas pelos participantes do discurso está, portanto, sob a resolutive condição de que também a norma será efetivamente observada por todos”¹⁶⁰. Desta maneira, *alter* e *ego* apenas se relacionam se houver a certeza de observância de uma norma válida. O direito possui a função de estabilização de expectativa geral:

“de *alter* apenas se poderá demandar a observância de uma norma válida e situacionalmente adequada sob a condição de que, caso seja necessário por meio de recursos que produzam empiricamente uma decisão, ele possa postular que *ego* observe a norma. O único sentido desse ‘direito’ consiste em tornar possível a validade efetiva do princípio de reciprocidade. Somente sob essas estritas pressuposições é que a equiparação kantiana entre Direito e prerrogativa de mútua co-ação é fundamentada. O Direito constitui uma relação entre os participantes virtuais do discurso cuja demanda mútua seja a observância efetiva de normas válidas. Com isso, reconhecem-se, reciprocamente, como ‘sujeitos de direito’”¹⁶¹.

¹⁶⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 366.

¹⁶¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 366.

A validade do princípio de reciprocidade é alcançada por meio de procedimentos que garantam uma aplicação imparcial de normas jurídicas, orientando-se pelas circunstâncias do caso específico.

A função de estabilizador das expectativas que o direito representa, visa a garantir que o *ego* possa calcular as ações de *alter*. Para que haja segurança na possibilidade de prever os comportamentos, as expectativas devem ser generalizadas e os significados devem ser estabilizados, por meio de convenções observadas por todos. Para que se encontrem soluções confiáveis é preciso que se tenha “expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro”¹⁶², pois,

“no momento que o ego já não puder mais calcular sozinho as contingências do seu contexto não-social, caso em que a sua ação dependerá da contingência de um alter orientado segundo as contingências comportamentais de ego, a situação se tornará incontrolável para as ações intencionais. Com essa insegurança na possibilidade de prognosticar o comportamento, fica perturbada a complementaridade das expectativas, assim denominada por Parson. Ego não conseguirá orientar as suas ações por alter e vice-versa enquanto, de um modo que não lhes é transparente, ambos se orientarem segundo metas arbitrariamente selecionadas”¹⁶³.

A interação entre indivíduos apresenta uma dupla contingência¹⁶⁴, a que *ego* seleciona as alternativas disponíveis com base nas reações de *alter* que, por sua vez, resultará de uma seleção complementar de *ego*. Luhmann coloca a questão da dupla contingência como elemento de formação de sistemas:

“Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de

¹⁶² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 47.

¹⁶³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 374.

¹⁶⁴ Por contingência, Luhmann entende como “o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado) não mais lá está” ou, em termos práticos, “o perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos” LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45-46.

integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito”¹⁶⁵.

Os sistemas que se formarem nessa instabilidade irão se reproduzir por si mesmos, tornando-se autônomos diante de seu contexto. Estas estruturas devem oferecer não só uma rede de expectativas complementares, mas também tornar possível a expectativa de expectativas. “Integrar e assegurar esta estrutura reflexiva de expectativas constitui, para Luhmann, a função de normatividade e juridicidade”¹⁶⁶, que é tanto mais necessária quanto maior for o aumento da complexidade de situações.

A orientação de expectativas deve ser feita por meio do estabelecimento de regras que possibilitem uma generalização. Entretanto, com a generalização surge o problema da adequação, pois deve ser possível modificar uma regra às situações que sofreram alterações. Por isto, deve haver uma compatibilidade entre a permanência da validade de uma regra e a possibilidade de alterá-la; entre a abertura cognitiva e o fechamento normativo de um sistema:

“a sociedade pode ajustar um compromisso entre as necessidades de adaptação à realidade e de constância das expectativas. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação da expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. Ela deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas”¹⁶⁷.

Na tentativa de redução de complexidade¹⁶⁸, o sistema seleciona situações que irão reduzir uma quantidade infinita de situações, entretanto, gera frustrações ao se depararem com elementos desconsiderados. Contra essas frustrações, o direito generaliza algumas expectativas sob os aspectos temporais (pela abstração de casos isolados), sociais (pela abstração da concordância de diversos indivíduos) e objetivos (pela abstração de diferenças de conteúdos). As

¹⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 48.

¹⁶⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 376.

¹⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 58.

¹⁶⁸ Por complexidade, Luhmann se referir ao fato de que “sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar”, ou, em termos práticos, “seleção forçada”. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45-46.

expectativas que forem passíveis de serem generalizadas em todas as três dimensões são selecionadas como direito. A função do direito se dá na sua “eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões”¹⁶⁹. Assim, “o Direito surge porque determinadas expectativas são selecionadas e postas sob a proteção da tramitação da decepção normativa”¹⁷⁰.

Para Luhmann, o Direito positivo seria “um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”¹⁷¹. Esta exigência é possível de ser satisfeita devido a sua autonomia perante os demais sistemas sociais. Neste sistema, a complexidade e a contingência são decididas pelo legislador, enquanto os juízes cuidam da tramitação das frustrações do sistema em situações de aplicação. Assim, “a mutabilidade e a estabilização de expectativas de comportamento poderão ser combinadas, de modo a possibilitar uma adaptação flexível às alternantes circunstâncias situacionais, sem recair na condição natural da dupla contingência”¹⁷², permitindo com que o direito seja um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto¹⁷³.

No entanto, para Günther, apesar da solução de Luhmann parecer resolver o problema da estabilização das expectativas, ela sugere um sistema demasiadamente contingente. Visto que o fechamento do sistema impede a

¹⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 116.

¹⁷⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 378.

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, V. I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 242.

¹⁷² GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 380.

¹⁷³ “Ele é fechado naquela sua função que não pode ser substituída, controlada, nem dirigida por um outro sistema: a decisão a respeito da licitude e ilicitude (*Recht und Unrecht*). Com essa decisão ela pode marcar qualquer coisa, desde que, ao fazê-lo, atenha-se tão-somente aos próprios pressupostos internos. Apenas nesse momento é que ele se reproduz, de evento em evento, como um sistema autônomo. A redução da função normativa do direito à licitude e ilicitude (*Recht und Unrecht*) permite simultaneamente uma grande abertura para as ocorrências aleatórias do ambiente geral. O que importa não é propriamente a qualidade dessas ocorrências, mas tão-somente se as condições de desencadeamento internas do sistema foram satisfeitas para atribuir o valor positivo ou negativo. O sistema jurídico é, desse modo, capaz de aprender dentro dos limites do seu fechamento normativo”. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 381.

aprendizagem com os desapontamentos, as normas (jurídicas) não podem ser universalmente fundamentadas, tampouco adequadamente aplicadas. Para permitir que o sistema seja maleável em relação à mudanças no seu meio ambiente, Luhmann prevê uma diferenciação entre código binário e programação condicional. O código é restrito a sua função decisória binária (lícito/ilícito), enquanto os programas ficam responsáveis pela abertura a diferenças situacionais. Os programas¹⁷⁴ são responsáveis pelas mudanças dentro do sistema, sem alterar o código binário que lhe é peculiar.

O código, então, passa a ser normativamente vazio, pois são os programas que passam a decidir a respeito da atribuição correta das situações. A complexidade da sociedade moderna faz com que o sistema, não podendo modificar o código, transfira a adaptação para a programação, que responde com falta de precisão, dependência situacional e flutuação. A relação entre código e programa é delicada, pois enquanto o código fornece decisões inequívocas, o programa é sempre dinâmico e vago, pois precisa lidar com situações complexas. De um lado, é necessário manter a capacidade de decidir para manter a função de estabilização de expectativas do sistema. Por outro lado, o sistema reclama que existam programas que examinem corretamente as diferentes situações¹⁷⁵:

“Ela consiste na abertura de possibilidades de variação. Elas se baseiam na substituição da simples expectativa comportamental, das concepções concretas de mundo por uma estrutura binária, bipolar. Isso permite a alternância de um lado para o outro, da condição (‘se’) para a consequência (‘então’), mantendo a contraparte e todos os significados por ela intermediados como referência da mudança. Dessa forma, pode-se relaxar a vinculação da ação a situações e consequências. Pode-se sustentar a ação já comprovada, permitida (ou também proibida) e aplicar a expectativa correspondente a um outro caso – por exemplo permitindo a interposição de ações em situações análogas”¹⁷⁶.

¹⁷⁴ “O conceito de programa significa que os problemas podem ser definidos especificando-se as condições restritivas de suas soluções (“constraints”) e que eles são solucionáveis através de decisões baseadas nessa definição; além disso, o caráter programático significa que mesmo essa definição do problema é realizada por processos decisórios e é testada também por decisões. A reestruturação do direito na forma de programas decisórios deve, então, ser vista como um momento de positivação”. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. V. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 27.

¹⁷⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 387.

¹⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. V. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 29-30.

Entretanto, para que sejam flexíveis diante das mais variadas situações, os programas precisam “encontrar uma saída no plano de abstração dos valores. Porque eles fornecem mais ‘pontos de vista do correto’, tornam-se tão indefinidos quanto valores que apenas designam ‘o ponto de vista das ações que merecem ser preferidas’”¹⁷⁷. Para Luhmann, a crescente indefinição dos programas é consequência da reflexividade e condição para um sistema que aprende com as suas frustrações.

Dessa maneira, Günther verifica que, para Luhmann, o processo de generalização de abstração, necessário para a efetivação de expectativas, possibilitou o surgimento do direito positivo como sistema independente em relação à política e à moral. Ele se fecha em relação ao seu contexto por meio de uma codificação binária (lícito/ilícito) e se abre para as alterações do meio ambiente por meio de uma programação condicional¹⁷⁸.

Todavia, a tese de Luhmann faz parecer que o sistema jurídico é autônomo, pois nega o aspecto da fundamentação moral para a criação do código binário e exclui a necessidade de aplicação adequada de regras condicionais na dimensão da programação. Porém, ele admite que essa descrição do sistema jurídico é incapaz de solucionar os problemas da realização de uma alteração estrutural que não seja generalizável antecipadamente. A complexidade da sociedade moderna exige que o direito considere casos específicos adequadamente.

A crescente indefinição do direito, constatada por Luhmann, é vista de uma perspectiva externa, mas, para Günther, sob o ponto de vista interno, a indefinição aparece como uma “crescente indispensabilidade de argumentações de adequação na aplicação de normas jurídicas como regras”¹⁷⁹.

Para resolver os aparentes paradoxos do direito e combinar a sua necessidade de alteração com a exigência de manutenção de expectativas, é

¹⁷⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 388.

¹⁷⁸ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 391.

¹⁷⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 394.

necessária a separação entre a fundamentação de normas e a aplicação de normas¹⁸⁰:

“A positivação de normas jurídicas deve ser institucionalizada em procedimentos que correspondam às regras de discursos práticos, de modo que os interesses individuais possam ser destacados. A aplicação das normas deve ser institucionalizada em procedimentos que possibilitem a consideração de todos os sinais característicos de uma situação. Só assim será possível resolver os paradoxos aparentes do Direito positivo e compatibilizar a sua potencial alteração aleatória com a exigência de reconhecimento geral de sua validade, além de conciliar a seletividade de normas (como regras) com a idéia da aplicação imparcial”¹⁸¹.

Essa perspectiva é condizente com o nível pós-convencional que nos situamos – no qual a expectativa de validade não irá mais se dirigir às perspectivas de um grupo particular, mas a todos –, vez que a necessidade de se examinar todos os sinais característicos de uma situação e o consequente aumento de argumentações de adequações se torna imperioso para a passagem de uma perspectiva moral convencional (direcionada a um grupo particular) para a pós-convencional (direcionada a todos com o ideal de universalização). Para Günther, esta crescente necessidade de argumentações de adequação “acaba, cada vez

¹⁸⁰ Álvaro Ricardo de Souza ressalta que a distinção entre discursos de aplicação e discursos de justificação não pressupõe uma visão aferrada à separação clássica de poderes, pois Günther não estaria afirmando que “discurso de justificação se identifica exclusivamente à atividade do Legislativo e que discurso de aplicação deve ser associado a provimentos do Judiciário”. Para corroborar essa visão, o autor dá os seguintes exemplos da prática brasileira: “o Legislativo exerce discurso de aplicação quando de um julgamento de crimes de responsabilidade ou pratica atos administrativos. Da mesma forma, os recentes embates entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal em torno de denúncias de corrupção contra o Partido dos Trabalhadores e o governo Luís Inácio Lula da Silva estão candentemente a demonstrar que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito devem se restringir aos limites dos discursos de aplicação. Outro exemplo pode ser encontrado nas decisões dos Tribunais de Contas da União e dos Estados que, a despeito de vinculados ao Poder Legislativo, precisam circunscrever seus julgados no âmbito dos discursos de aplicação. De outro lado, o próprio Executivo quando baixa uma medida provisória de certo exerce funções típicas do discurso de justificação. No regime constitucional vigente é possível aos Tribunais Superiores criação de regimento interno, em claro exercício de discursos de justificação”. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 163. O autor ainda conclui: “Com isso, sabedor que o círculo hermenêutico gadameriano jamais foi desconsiderado por Habermas, esperamos sinceramente afastar qualquer concepção que associe os discursos de justificação e de aplicação operada por Habermas ao modelo clássico/positivista de repartição de poderes, a partir da suposição de que caberia ao Legislador criar normas (abstratas) e ao Judiciário sua aplicação ao caso concreto”. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 166-167.

¹⁸¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 393.

mais, recaindo sobre a jurisprudência, porque o número e o tipo de situações conflituosas já não podem ser controlados”¹⁸².

A percepção da função de código do direito obriga-o a se abrir em condições de alta complexidade e contingência. Contudo, na perspectiva de Luhmann, essa abertura só se verifica no nível dos valores¹⁸³, o que favorece a idéia de crescente indefinição do sistema. Por outro lado, se essa abertura se verificar no nível de argumentações de adequação, o direito consegue “fazer jus à ‘policontextualidade’ do sistema”¹⁸⁴.

Do exposto até o momento, podemos afirmar que a indeterminação não é um problema da estrutura da norma, mas sim uma representação do procedimento de aplicação imparcial – que ocorre por meio da análise de todas as normas e condições situacionais – baseada na coerência. Como teoria análoga à sua coerência, Günther coloca a integridade de Dworkin como alternativa para resolver o problema da indeterminação de regras. Uma aplicação imparcial exigiria a análise de direitos ou argumentos principiológicos “que se encontram fora da ordem jurídica positiva e, por isso, também não podem ser identificados inequivocamente por meio de uma regra de reconhecimento”¹⁸⁵ (conforme a teoria de Hart). Os direitos que orientariam a aplicação num caso difícil seriam selecionados por meio de um sentido de adequação, com base em argumentos principiológicos. A relação entre a decisão do juiz, a teoria política geral e os princípios devem ser coerentes num caso concreto. Assim, Günther afirma que “a vantagem da teoria de Dworkin consiste em explicar a idéia de uma consideração imparcial de todos os sinais característicos relevantes de uma situação”¹⁸⁶.

¹⁸² GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 395.

¹⁸³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. V. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 49.

¹⁸⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 395.

¹⁸⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 404.

¹⁸⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 405.

Por isso, a relação entre as teorias da coerência de Günther e de Integridade de Dworkin é de complementaridade:

A comunidade política deve agir de modo íntegro, tal como o esperamos de uma alteridade concretamente pessoal em relação a nós, mesmo quando não concordamos com as suas respectivas opiniões a respeito do conteúdo da justiça ou da equidade. Com isso, esperamos um tratamento segundo um 'conjunto de princípios simples e coerentes', por meio do qual o outro conduza a sua vida, e excluimos, de caso em caso, decisões arbitrárias ou caprichos. Assim como o indivíduo se esforça para viver de modo coerente, a comunidade política está obrigada a justificar coerentemente cada uma das suas decisões, à luz dos princípios aceitos por ela, e de não agir em casos iguais segundo princípios diferentes. Este ideal de integrity, portanto, não diz respeito aos direitos individuais, nem aos argumentos principiológicos que representam, contudo refere-se ao modo como uma comunidade política lida com eles na legislação e na jurisprudência. Porque direitos não podem ser aplicados isoladamente, tampouco podem ser restritos a um círculo de pessoas privilegiadas, eles exigem, em cada decisão a respeito de normas jurídicas, um exame coerente. A obrigação interna que o princípio de coerência desenvolve faz com que todas as pessoas de uma comunidade política sejam tratadas como portadores de direitos iguais, isto é, com igual consideração e respeito, consequentemente isto não impede que o Direito ocupe seu lugar no coerente sistema de consideração¹⁸⁷.

Para Günther, o princípio de integridade de Dworkin – que possuiria um conteúdo universalista e não ligado apenas ao contexto de uma comunidade política – possuiria três significados diferentes: o primeiro estaria ligado ao ideal de imparcialidade expresso pelo igual respeito e consideração; o segundo estaria ligado à ideia de uma comunidade política que depende de relações solidárias de convivência; e, finalmente, o terceiro significado seria o de ser compreendido como um princípio para argumentações de adequação nos moldes descritos por Günther. Assim, a teoria de Dworkin provê uma complementação prática para a teoria de Günther sobre a necessidade de separação entre argumentos de fundamentação de argumentos de adequação:

“o direito de ser tratado como igual em consideração e respeito aparece, nesse ponto, como o direito de tratamento igual de casos iguais, - mas não relacionados a uma norma isolada, e sim a uma porção de princípios como direitos. Esse tipo de tratamento igual produz, sistematicamente, diferenças e colisões. A estrutura que produz estas colisões e leva a considerar as diferenças é, no entanto, a estrutura de argumentações de adequação, tal como procuramos descrever acima¹⁸⁸”.

¹⁸⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 407-408.

¹⁸⁸ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 414.

No espírito de perscrutar o problema da aplicação do direito, vimos a necessidade de diferenciar os discursos de fundamentação dos discursos de aplicação para substituir a indeterminação do direito – característica da complexa sociedade pós-convencional – por uma coerente análise das características situacionais, de maneira a permitir que o direito cumpra a sua função de garantidor das expectativas e mesmo assim consiga solucionar os desapontamentos com a modificação do contexto social. Para este objetivo, o princípio de universalização “U”, pensado por Habermas, não precisa ser descartado, mas apenas unificado – por meio do ideal de imparcialidade – com a argumentação de aplicação.

Nesse sentido, a teoria de Dworkin casa com a teoria de Günther na relação entre coerência e integridade e entre discursos de justificação e aplicação e argumentos de política e de princípio. Unificadas, as duas teorias podem promover uma solução para o problema da aplicação do direito em casos difíceis.

A seguir, analisaremos mais detalhadamente o que a teoria de Dworkin pode nos fornecer para auxiliar na busca de uma resposta para o tão inquietante problema da aplicação do direito na jurisprudência de nossa Corte Constitucional.

II.2. Dworkin – integridade

II.2.1. O direito como integridade

Uma concepção de direito deve fornecer uma explicação da legitimidade do poder coercitivo do Estado. Para Dworkin, esta explicação está centrada na integridade.

Dworkin sustenta que a obrigação política corresponderia à categoria geral das obrigações associativas, ou seja, a sua legitimidade estaria fundada na fraternidade existente nas obrigações associativas. A prática geral comunitária e a legitimidade do poder coercitivo do Estado poderiam ser melhores explicadas por meio do ideal de integridade como um ideal político autônomo.

Segundo o autor, a teoria do contrato social¹⁸⁹ - na qual os cidadãos de uma comunidade teriam renunciado parte da sua liberdade para se sujeitarem a um poder estatal em nome de uma maior segurança – não seria capaz de explicar a prática social. Uma resposta mais coerente com o problema apresentado seria a equiparação da comunidade a alguns tipos de associações que não precisam, necessariamente, de um consentimento prévio de seus participantes, podendo ser involuntárias. Como exemplo, Dworkin coloca a família ou amigos. Em ambos os casos não há uma união contratual entre as pessoas – diferente do caso da assinatura de um contrato para se transformar em sócio de um clube -, mesmo assim, elas implicam em obrigações associativas baseadas na fraternidade: “as obrigações que alguns membros da família devem a outros, que muitas pessoas incluem entre as mais fortes obrigações fraternais, são aquelas em que existe a menor possibilidade de escolha”¹⁹⁰.

Nessas espécies de relações associativas, nós agimos conforme a reciprocidade. Esta reciprocidade é abstrata, pois deve ser mantida por pessoas que possuem uma idéia geral dos direitos e responsabilidades específicas entre os integrantes. Ela deve respeitar as diferenças individuais de interpretação entre os participantes. Entretanto, esta responsabilidade, ainda que abstrata, depende de algumas atitudes mútuas para se concretizar. Primeiramente, as obrigações devem ser encaradas como especiais pelos integrantes do grupo, as quais não estão sujeitas para com outras pessoas alheias ao grupo. Segundo, as obrigações devem ser pessoais, fluindo diretamente de um membro ao outro. Em terceiro, esta responsabilidade deve derivar de um interesse geral pelo bem-estar dos outros integrantes do grupo. E finalmente, este interesse deve ser um igual interesse por todos os membros, ainda que o grupo seja hierarquicamente estruturado: a vida de

¹⁸⁹ “*Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes*’. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece” (...) Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de cidade e, hoje, o de república ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado quando passivo, soberano quando ativo, e potência quando comparado a seus semelhantes. ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Coleção Os pensadores, V. XXIV, 1973, p. 38 – 39.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 239.

todas as pessoas possuem a mesma importância para o grupo. Dworkin chama as comunidades que se enquadram nestes quatro requisitos de “verdadeiras” comunidades:

“As responsabilidades que uma verdadeira comunidade mobiliza são especiais e individualizadas, e revelam um abrangente interesse mútuo que se ajusta a uma concepção plausível de igual interesse. Estas não são condições psicológicas. Ainda que um grupo raramente as satisfaça ou sustente por muito tempo, a menos que seus membros realmente se sintam unidos por algum laço emocional, as condições em si não o exigem. O interesse que exigem é uma propriedade interpretativa das práticas que permitem ao grupo a afirmação e o reconhecimento das responsabilidades – estas devem ser práticas que seriam adotadas pelas pessoas que tenham o grau exigido de interesse -, e não uma propriedade psicológica de algum número fixo de verdadeiros membros”¹⁹¹.

Para Dworkin, a comunidade política se pareceria com a associativa, pois seria capaz de satisfazer estas condições. Todos nós teríamos responsabilidades especiais para com os demais membros do Estado; nossos ideais e visões estão voltados primeiramente aos nossos co-cidadãos. Verificamos a justiça e a equidade das situações não em abstrato, mas sempre no interior de um grupo político específico.

As práticas políticas podem ser expressas por três modelos gerais de associação política. O primeiro seria uma associação acidental, na qual os participantes estão juntos apenas para realizarem um fim¹⁹². O segundo seria o modelo da comunidade de regras, segundo o qual a comunidade política aceita o compromisso de obedecer as regras estabelecidas. Este segundo modelo seria compatível com o pensamento convencional, comentado no primeiro capítulo. Assim, as pessoas de uma comunidade tentariam promover as suas próprias concepções de justiça e equidade por meio de uma negociação, em busca de obter o máximo de vantagens com um mínimo de desvantagens.

O terceiro é o modelo da comunidade de princípios. Tal comunidade aceita a idéia de ser governada por princípios comuns e não apenas por regras

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 243-244.

¹⁹² Dworkin coloca o exemplo de dois estrangeiros que não aceitam a religião e a moral um do outro, mas que estão presos numa ilha deserta. Eles irão cooperar, e até mesmo fazer uma divisão do trabalho, mas apenas enquanto lhes for benéfico. Outro exemplo seria um dirigente político que pense não acreditar que tenha uma responsabilidade especial em relação aos seus eleitores. Neste caso ele poderá subordinar os interesses de seus eleitores em nome de uma justiça em termos gerais. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 253.

estabelecidas por acordos políticos. Nesta comunidade, a arena política é um lugar no qual os princípios que devem reger a comunidade são debatidos e as decisões das instituições são pautadas por este sistema de princípios. Isto não significa que todos os integrantes terão a mesma opinião a respeito dos princípios a serem aceitos, mas “cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da comunidade política”¹⁹³.

Na comunidade regida por regras, não há um princípio integrador. Todos os membros podem usar o aparelho político para promover seus próprios interesses e ideais. Após o jogo de poder ser travado e o interesse ser consolidado numa regra, esta será imposta a todos como obrigação. Por isto, o modelo de princípios satisfaria melhor as condições para uma comunidade fraterna e plural que os demais. A comunidade de princípios “exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total”¹⁹⁴. Isto é capaz de explicar o motivo de nos sentirmos responsáveis por algo que nossa comunidade tenha feito, ainda que nem estivéssemos nascidos na época – como é o caso mencionado no primeiro capítulo do sentimento de responsabilidade de alemães que não participaram do regime nazista para com judeus¹⁹⁵.

“sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa. Uma associação de princípio não é, automaticamente, uma comunidade justa; sua concepção de interesse equitativo pode ser falha ou violar direitos

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 255.

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 257.

¹⁹⁵ Stephen Guest coloca o conceito de comunidade personificada como sendo capaz de explicar por que “fazemos julgamentos cotidianos a respeito de comunidades (ou governos, ou Estados) no que se refere ao que percebemos como seus deveres, sejam eles a redução do desemprego, a contenção do crime ou a manutenção da limpeza das ruas. Também criticamos comunidades pelos seus crimes de guerra ou pela irresponsabilidade para com os seus deveres sob o direito internacional”. Isso, pois a comunidade deve ser considerada como “possuidora de uma personalidade sujeita ao mesmo tipo de crítica moral que fazemos a uma pessoa que não agiu com integridade”. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 79.

de seus cidadãos ou de cidadãos de outras nações, do mesmo modo que em qualquer comunidade associativa verdadeira, como vimos há pouco. Mas o modelo dos princípios satisfaz as condições da verdadeira comunidade melhor do que qualquer outro modelo de comunidade possível para pessoas que divergem sobre a justiça e a equidade a serem adotadas”¹⁹⁶.

Dworkin ressalta que a fraternidade de uma comunidade de princípios não está, de nenhuma maneira, relacionada com alguma emoção que possa ser chamada de amor. Apesar de ser um modelo de comunidade ideal, é elaborado por Dworkin para que se possa pensar em quais atitudes realmente expressam a nossa prática social e como deveríamos interpretá-las.

A despeito dos problemas políticos e sociais brasileiros, a nossa comunidade pode ser interpretada desta maneira. Sem a intenção de fazer uma análise utópica da realidade, podemos verificar a possibilidade de tal legitimação da obrigação política. Apesar do poder estatal por muitas vezes se mostrar como violência, na maior parte nós respeitamos o direito não por medo de punição, mas por um respeito maior que pode ser comparado a algumas associações, tal como a família, na qual não escolhemos voluntariamente integrar, mas mesmo assim temos um sentimento de responsabilidade uns com os outros. Assim, a comunidade de princípios de Dworkin é verificada de maneira prática e limitada no tempo e espaço: “defendo, aqui, uma interpretação de nossa própria cultura política, e não uma moral política abstrata e atemporal”¹⁹⁷.

Nesse aspecto, Dworkin afirma que a integridade não tem o condão de explicar totalmente uma prática política, pois não seria possível uma teoria única que explicasse toda a complexa prática política de uma sociedade. Entretanto, ao adotar a integridade, as práticas diferentes são caracterizadas como defeitos que devem ser remediados em prol da coerência de princípios:

“Não afirmo, como parte de minha tese interpretativa, que nossas práticas políticas aplicam a integridade de maneira perfeita. Admito que não seria possível reunir, num único e coerente sistema de princípios, todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos por nossos legisladores e ainda em vigor. Nosso compromisso com a integridade significa, contudo, que devemos considerar esse fato como um defeito, e não como o resultado desejável de uma justa divisão do poder político entre diferentes conjuntos

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 257.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 260.

de opinião, e que devemos nos empenhar em remediar quaisquer incoerências de princípio com as quais venhamos a nos deparar”¹⁹⁸.

A integridade política de Dworkin se divide em dois princípios: o Legislativo, que consiste na exigência de que as leis sejam, na medida do possível, coerentes com a moral da comunidade; e o jurisdicional, que consiste na exigência de que as decisões judiciais tentem analisar as leis como sendo moralmente coerentes.

Conforme vimos anteriormente, segundo Dworkin, os pragmáticos contestam a integridade política, pois, para eles, a comunidade não seria uma entidade distinta, com uma vontade própria. Apesar da idéia de integridade ser dependente do conceito de comunidade personificada, a integridade não pressupõe uma entidade distinta de seus cidadãos, ao contrário, pressupõe uma interligação entre os cidadãos e a comunidade. A idéia de responsabilidade coletiva não significa que a comunidade se torne um ente alheio aos seus cidadãos. A responsabilidade grupal permeia o nosso sistema jurídico e nossas vidas diariamente. Stephen Guest compara a comunidade personificada com a idéia de corporações. Uma corporação não significa que seus integrantes são totalmente isentos de responsabilidades, ou que a corporação seja totalmente autônoma dos indivíduos que a integram, entretanto, há uma ligação profunda entre a corporação e seus membros. No caso da comunidade, esta ligação se dá por meio da fraternidade.

“A idéia de responsabilidade grupal está na nossa linguagem e no nosso estoque comum de pensamento moral. Ela desempenha um papel significativo no nosso sistema jurídico e permite uma alocação mais complexa de direitos e responsabilidades do que seria possível de outra maneira. Atribuir responsabilidade a corporações as torna ‘sem rosto’ e absolve de responsabilidade os seus membros? Mas os membros de uma corporação estão ligados à responsabilidade corporativa por uma teia complexa de direitos e poderes. Trata-se de uma relação indireta mais vital. Existe essa conexão fundamental. Considere a alternativa. Abolir totalmente a idéia de identidade corporativa e, no caso mais geralmente em discussão, abolir a idéia de comunidade. Não podemos estar prontos para isso”¹⁹⁹.

A integridade realiza uma interpenetração entre o público e o privado. As leis não são apenas acordos entre os cidadãos para alcançarem uma experiência social pacífica. As leis devem representar a moralidade compartilhada entre os membros de uma comunidade. Dessa forma, a legitimidade política (a possibilidade de um

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 261.

¹⁹⁹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 80.

direito coercitivo) derivaria de uma fidelidade dos cidadãos aos princípios da comunidade, que seriam representativos de seus padrões morais²⁰⁰.

Dworkin relaciona a integridade com a fraternidade almejada pela revolução francesa. Ele afirma que o dever de respeitar as leis é proveniente de uma fraternidade social semelhante à de uma família ou grupo de amigos. Essa comunidade, regida pelo ideal de fraternidade, seria a comunidade de princípios.

A comunidade de princípios é uma comunidade moralmente plural, ou seja, ela procura uma integridade entre os diversos valores morais, respeitando igualmente a moral de todos os cidadãos. Ela adota um compromisso com os seus princípios e os manifesta na elaboração das políticas por meio da legislação e na sua aplicação pelo Judiciário nas decisões judiciais.

Analisando a integridade do ponto de vista jurisdicional, para Dworkin, a concepção do direito como integridade refuta tanto o excessivo retorno ao passado - como pensado pelos convencionalistas - como o intenso pensamento voltado para o futuro - do pragmatismo jurídico. A prática jurídica de uma sociedade não pode ser pensada como concluída no momento da publicação da lei. O direito é dinâmico e está sempre se desenvolvendo, para o benefício do futuro e com respeito ao passado:

“O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”²⁰¹.

Os juízes deveriam interpretar o direito como sendo criado por um único ator, a “comunidade personificada”²⁰². Este autor construiria o direito com base em

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 230.

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271.

²⁰² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271 - 272.

uma noção própria e coerente de justiça e equidade. Desta forma, não bastaria analisar o direito como um processo histórico, ou apenas contemporâneo. É necessário interpretá-lo de maneira que a história jurídica seja coerente com o presente e com o futuro.

A importância da história para o direito como integridade é ressaltada por Dworkin, vez que o objetivo não é a interpretação de um princípio baseada na sua aplicação num século anterior ao atual, ou que já esteja em desuso, ou ainda de uma geração anterior. A integridade exige que “o direito - direitos e deveres decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção - contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões”, mas também o sistema de princípios que as justificam. Desta maneira, “o direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine”²⁰³. O seu objetivo é justificar o direito por meio de uma prática judicial organizada por princípios que possam oferecer um futuro melhor.

O direito como integridade é essencialmente interpretativo, de maneira mais intensa que as concepções de direito convencionalistas e pragmáticas. Estas teorias são em si mesmas interpretações da prática jurídica, no entanto, elas não se configuram como programas de interpretação, pois não esperam que os juízes façam, a cada caso difícil, uma re-interpretação de toda a prática jurídica para solucionar a questão:

“O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. É evidente que vão surgir problemas interpretativos ao longo desse processo: por exemplo, pode ser necessário interpretar um texto para decidir que lei nossas convenções jurídicas constroem a partir dele. Uma vez, porém, que um juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos. O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a idéia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade”²⁰⁴.

²⁰³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 273.

Para explicar a sua teoria do direito como integridade, Dworkin faz uma analogia com o processo de criação literária. Para ele o direito como integridade pode ser exemplificado por um “romance em cadeia”²⁰⁵, no qual vários autores escrevem um romance em conjunto. O romance deve ficar o mais coerente possível e os autores devem pensar em qual interpretação daria maior significado tanto ao que já foi escrito, quanto ao que será escrito. Portanto, ao continuar a “obra” do autor anterior, o autor atual deverá analisar toda a história do romance e escrever de maneira a possibilitar que as aspirações da obra possam ser melhor escritas no futuro. Com isto Dworkin mostra que não se pode escrever um romance sem esquecer do caminho trilhado no passado. Entretanto, se não forem analisados os seus objetivos futuros ele poderá tomar outros rumos não desejados.

Mesmo admitindo que tal romance provavelmente ficará ruim, Dworkin afirma que, apesar de terem esta consciência, o dever dos autores é escrevê-lo da melhor maneira possível, devendo o romance possuir ao menos um mínimo de coerência. Isto é, deve ser guiado por uma série de princípios que permearão a obra.

Dworkin refuta o argumento cético de que nenhuma continuação seria possível para determinado romance. Este argumento pode até ser verificado verdadeiro, entretanto, Dworkin ressalta que ele só pode ser levantado após o projeto ser tentado, pois a “opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo”²⁰⁶.

O inverso também pode ser objetado: em vez de nenhuma interpretação, várias interpretações poderiam se ajustar ao conjunto do texto. Neste caso é necessário analisar qual das interpretações se ajusta melhor à obra depois de considerados todos os aspectos da questão. Devem ser analisadas não só questões formais e estruturais do romance, mas também juízos pessoais sobre a importância, o discernimento e o realismo das interpretações. Desse modo, Dworkin afirma que o escritor do romance não é um simples escravo do texto já produzido e nem é livre

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275.

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 285.

para colocar suas próprias hipóteses sobre a verdadeira natureza do romance. A resposta a esse problema é simples: “nenhuma dessas duas descrições incipientes – de total liberdade criativa ou coerção mecânica do texto – dá conta de sua situação, pois cada uma deve, em certo sentido, sofrer ressalvas em decorrência da outra”²⁰⁷.

Assim, é possível afirmar que a integridade explícita por meio do romance em cadeia de Dworkin oferece uma visão intermediária e mais sofisticada entre o estrito respeito às convenções, presente na aplicação dos casos fáceis no positivismo de Hart, e o menosprezo pelas convenções, presente no pragmatismo de Posner – conforme visto no primeiro capítulo.

Os juízes ao decidirem um caso deverão decidi-lo de maneira equânime. Os princípios deverão ser aplicados para a solução de todos os casos igualmente. Mas isto não quer dizer que os juízes devam se fechar nos precedentes. Suas decisões devem se adequar aos princípios do ordenamento: “o direito como integridade não se limita ao conteúdo explícito das decisões coletivas passadas, mas reclama os princípios que a elas se ajustam e as justificam”²⁰⁸.

Diferente do convencionalismo, os juízes, nos casos difíceis, não irão decidir discricionariamente, da maneira que entenderem melhor. O juiz que aceite o direito como integridade deve admitir a verdadeira história política da sociedade, muitas vezes em detrimento de suas próprias convicções políticas, pois, se “seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável -, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica”²⁰⁹.

A decisão judicial será limitada estruturalmente pelo sistema de princípios, mas estes não podem ser vistos de maneira estática. Tendo sempre em mente o caráter dinâmico do direito, o juiz “deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 281.

²⁰⁸ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995, p. 130.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 307.

a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir.”²¹⁰.

Dworkin afirma que o direito como integridade não fornece respostas às questões. Nem mesmo as respostas de Hércules (juiz criado por Dworkin com capacidades sobre-humanas e que acredita no direito como integridade) seriam as verdadeiras de acordo com o conceito de integridade. A resposta só pode ser determinada em cada caso específico e irrepetível:

“Mas o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele às perguntas colocadas por essa concepção de direito. (...) Se você rejeitar esses pontos de vista distintos por considerá-los pobres enquanto interpretações construtivas da prática jurídica, não terá rejeitado o direito como integridade: pelo contrário, ter-se-á unido a sua causa”²¹¹.

Se um juiz aceita a justiça como integridade, deve verificar qual decisão a prejudica menos. Isto não quer dizer que os juízes devam se vincular aos precedentes, mas devem decidir de maneira que todos sejam julgados pelos mesmos parâmetros de justiça:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.²¹²

Normalmente, a decisão deverá ser a que melhor se adapte ao sistema jurídico. Isto se torna claro quando o juiz decide com base em um precedente, pois, nesses casos, o juiz está apenas dando continuidade ao romance.²¹³

Entretanto, o direito como integridade de Dworkin não exige uma estrita observação aos precedentes. Dworkin chega à conclusão de que a força

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 308.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 287.

²¹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291.

²¹³ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995, p. 99-100.

gravitacional de um precedente – de fazer com que os outros casos semelhantes a ele sejam resolvidos da mesma maneira – só existirá se o argumento do precedente for um argumento de princípio, e não quando for um argumento de política, conforme será visto adiante²¹⁴. Dworkin afirma que se Hércules concluir que existe a força gravitacional do precedente, ele não deverá decidir de maneira diversa. Isto porque, “o direito pode não ser uma trama inconsútil, mas o demandante tem o direito de pedir a Hércules que o trate como se fosse.”²¹⁵. Assim, Hércules deverá construir a sua decisão fundamentada num esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente com a jurisprudência e as disposições constitucionais e legislativas²¹⁶.

II.2.2. O papel político do juiz e a construção do direito

Para Dworkin, a prática judicial está associada a uma dimensão moral²¹⁷. Entretanto, direito e moral são diferentes e se sustentam em bases distintas. A presença de conteúdos morais no direito não significa uma moralização do direito²¹⁸:

“Os exemplos apresentados para uma moral *no direito* significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral, que se introduziu irreversivelmente no nível de fundamentação pós-convencional e sob condições do moderno pluralismo de cosmovisões. Enquanto for

²¹⁴ Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 127 e ss.

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 182.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 182.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3-4.

²¹⁸ CHUEIRI, Vera Karam de. *Before the law: philosophy and literature*. Michigan: Proquest, UMI, 2006, p. 181.

mantida a *diferença das linguagens*, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito”²¹⁹.

Significa, sim, que o direito não pode ser neutro tanto em relação à moral quanto em relação à política e, conforme Habermas, não basta que seu procedimento de normatização seja legal para que ele se torne legítimo²²⁰. A relação entre moral e direito é uma relação de complementaridade:

“uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito e a moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A idéia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca”²²¹.

Uma das grandes críticas feitas à politização do Judiciário é a ausência de objetividade nos julgamentos com a introdução da dimensão moral. Entretanto, Dworkin “não iguala o argumento jurídico com o argumento moral”²²². Ele inicia a observação do direito por meio da “informação jurídica, o material jurídico pré-interpretativo, e então intenta extrair dele o melhor sentido moral”²²³. Para Dworkin, a moralidade pública não pode ser encarada como a mera opinião do “homem médio”²²⁴ ou como o extrato das convenções sociais.

A moralidade pública deve ser distinta da moral positivada. O fato de uma lei permitir a escravidão não a torna moral. A sociedade moderna em geral entra em consenso ao coincidirem as convicções de que a escravidão é imoral. Entretanto, a imoralidade não advém do consenso, a escravidão deve ser considerada imoral por razões próprias (restrição da liberdade, igualdade, violência...) e não por mera repetição.

²¹⁹ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, V. I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 256

²²⁰ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, V. I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 257.

²²¹ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, V. I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 140-141.

²²² GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 133.

²²³ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 133.

²²⁴ Dworkin reputa essa perspectiva à Lorde Devlin em *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 372.

Dworkin coloca a responsabilidade das nossas ações em nós mesmos, não em fatos exteriores. Nossas ações devem ser justificadas não por argumentos de autoridade ou por convenções ou mesmo por uma regra de reconhecimento. Nós devemos fundamentar os nossos pontos de vista com base em razões. Estas devem ser genuínas e não preconceituosas; verdadeiras e não baseadas em erros fáticos; autênticas²²⁵ e não meras repetições²²⁶; e racionais e não emocionais²²⁷. A regra de reconhecimento, como prevista por Hart, não pode esgotar a definição do dever num ordenamento, pois isto significaria a indistinção entre moralidade positivada (encontrada nas convenções sociais) e moralidade crítica (padrões pelos quais as convenções devem ser julgadas)²²⁸. Assim, a regra de reconhecimento

“ignora a identificação do dever jurídico em casos difíceis. Ademais, ela confunde um consenso da visão oficial (e de outras) sobre o que constitui o direito com a existência de convenções para a identificação do direito. Em outras palavras, que as autoridades de uma comunidade reconheçam critérios para a identificação do direito deve ser entendido com o significado de que elas aceitam razões críticas e independentes para o reconhecimento e que a coincidência em pensamento mostra exatamente isso – consenso –, ao invés da aceitação da convenção. A objetividade da moralidade para Dworkin, então, não depende de um mundo externo – “aí no mundo” – de realidade moral na forma de convenções”²²⁹.

Uma moralidade crítica exige a construção de uma resposta certa e não apenas de aceitar as respostas prontas e nos absolver da responsabilidade²³⁰. Devemos agir por princípio ao invés de agir meramente por fé, assumindo firmemente a nossa responsabilidade. As pessoas devem agir coerentemente de acordo com o seu próprio raciocínio moral. Já para os agentes públicos, a exigência é ainda mais forte, eles possuem o “dever de ‘consistência articulada’, o dever de

²²⁵ Sobre a crítica às decisões fundamentadas tão somente em argumentos de autoridade ver: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Sobre a qualidade da jurisdição: Fundamentação das sentenças, justiça opinativa e luta pela justificação no direito brasileiro contemporâneo*, p. 3. Paper apresentado em palestra do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná (03.11.11).

²²⁶ Para Dworkin o consenso não é razão suficiente para ser capaz de justificar nossas condutas: “we could not count the popularity of any or four other convictions as evidence for their truth. The fact that almost everyone thinks that lying is sometimes permissible doesn’t provide any reason at all for thinking that it is” DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap, 2011, p. 47.

²²⁷ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 136.

²²⁸ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 137.

²²⁹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 138.

²³⁰ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 139.

submergir convicções privadas de acordo com princípios”²³¹, eles devem agir com integridade:

“A idéia de construção de julgamentos morais é importante por outra razão. Em uma sociedade de concordância relativa, a idéia de comunidade está ligada à idéia de articulação pública sobre princípios de justiça. Isto é uma idéia que Dworkin desenvolve em sua teoria da integridade. Nela está a idéia de que um dever de construir uma resposta, em vez de descobri-la, exige que a lógica de algum discurso poderá exigir que haja uma resposta correta”²³².

Assim, baseado na integridade, o juiz deve sempre dar a melhor resposta para o caso, ainda que poucas disposições legais e jurisprudenciais sejam aplicáveis. O juiz, ao agir de acordo com a moral crítica, deve se responsabilizar pelos seus atos e emitir uma decisão fundamentada em razões de aplicação. Isto não quer dizer que não existam direitos controvertidos²³³, que um juiz possa achar que não existe uma resposta correta ou que há um empate entre direitos. Estas posições, segundo Dworkin, são possíveis, apenas não representam a melhor resposta. Um juiz, mesmo num caso difícil, é obrigado a responder a questão. Tal resposta não deve ser arbitrária, ou aleatória. O juiz deve ser responsável pela sua resposta e deve proferir a melhor resposta para o caso, ainda que venha a errar em seu julgamento. O “argumento jurídico, como o argumento moral, é sobre uma decisão, e *sempre* demanda a melhor decisão, sendo ela aquela que aplica a proposição verdadeira”²³⁴. Declarar que não existe uma resposta certa, ou que há um empate entre as respostas “não dá conta das demandas da decisão e do *dever de construir*. Ele representa um tipo de ‘fuga’”²³⁵ por parte do juiz.

Dworkin contesta a idéia de que não seria possível existir uma resposta correta, pois a verdade seria apenas uma opinião, e por isto subjetiva. Segundo

²³¹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 140.

²³² GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 141.

²³³ A resposta correta não depende de “um real consenso sobre a sua correção, mas de uma postura hermenêutica diante do caso, dos princípios jurídicos de todo o ordenamento e da história institucional”. CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 118.

²³⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 142-143.

²³⁵ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 142-143.

esse argumento, não haveria nada “aí no mundo” que possa fundamentar objetivamente uma decisão, portanto, nenhum assunto relativo a um interesse humano pode ser verdadeiro. Entretanto, tal espécie de ceticismo “sobre valores e julgamentos pode levar, e tem levado, ao pensamento de que a moralidade não é possível, bem como a uma degeneração da responsabilidade moral: você faz as coisas porque ‘você é assim’ ou ‘é do seu interesse’”²³⁶. As ações deixam de ser julgadas como corretas ou incorretas moralmente, e a responsabilidade se dilui sob a perspectiva de que tudo é subjetivo.

A “verdade” das decisões não devem ser procuradas no mundo externo²³⁷. Elas devem ser analisadas conforme as nossas concepções de moral crítica. Apenas porque não podemos fugir da nossa condição de sujeitos, não significa que verdades não existem, pois as razões que nos “levam a fazer julgamentos avaliatórios são elas mesmas avaliatórias e não do tipo em que não há um ‘fato’ duro aí no mundo em virtude do qual julgamentos avaliatórios não podem sensatamente ser feitos”²³⁸.

“a questão do que ‘independência’ e ‘realidade’ constituem, para qualquer prática, é uma questão dentro dessa prática, de modo que a questão de se os julgamentos morais podem ser objetivos é, por si só, moral, e a questão de se existe objetividade na interpretação é, por si só, interpretativa”²³⁹.

²³⁶ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 154.

²³⁷ Em resposta à crítica à ausência de objetividade nos argumentos morais, Dworkin afirma a impossibilidade da análise da objetividade de uma decisão por meio de uma fundamentação externa à moral e dá o seguinte exemplo: “*elas pretendem sugerir que posso provar a iniquidade da escravidão do mesmo modo que poderia comprovar algum enunciado da física, por meio de argumentos factuais ou lógicos que qualquer pessoa dotada de razão deve aceitar: ao mostrar que as vibrações morais atmosféricas confirmam minha opinião, por exemplo, ou que ela está de acordo com um fato metafísico numênico. Se fosse esta a maneira certa de entender minhas afirmações objetivas, então minhas afirmações declarariam aquilo que o ceticismo exterior nega: que os juízos morais são descrições de algum domínio moral específico da metafísica. Mas essa não é a maneira correta de compreendê-las. Ninguém que afirme que a escravidão é ‘realmente’ iníqua vai pensar que, desse modo, ofereceu – ou mesmo sugeriu – um argumento demonstrando por que ela é iníqua. (Como poderiam as vibrações ou as entidades numênicas oferecer algum argumento para as convicções morais?) O único tipo de evidência que posso apresentar em defesa de meu ponto de vista de que a escravidão é iníqua, o único tipo de justificativa que posso ter para guiar-me por esse ponto de vista, é um tipo de argumento moral autônomo que as afirmações ‘objetivas’ nem mesmo têm a pretensão de oferecer*”. DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 99-100.

²³⁸ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 156.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 262-263.

A visão de Dworkin não é a de que deve haver um completo subjetivismo na decisão de casos difíceis, nem a de que exista uma resposta correta “para todas as questões morais, enterrada em algum lugar à espera de que a encontremos”²⁴⁰. A questão que Dworkin coloca é pragmática: queremos que os julgamentos morais passem por algum tipo de filtragem racional ou eles devem ser decididos de maneira arbitrária? A análise cética de que não é possível uma verdade fática não resolve o problema dos julgamentos morais, sendo, portanto, infrutífera:

“We want to live decent, worthwhile lives, lives we can look back on with pride not shame. We want our communities to be fair and good and our laws to be wise and just. These are enormously difficult goals, in part because the issues at stake are complex and puzzling. When we are told that whatever convictions we do struggle to reach cannot in any case be true or false, or objective, or part of what we know, or that they are just moves in a game of language, or just steam from the turbines of our emotions, or just experimental projects we should try for size, to see how we get on, or just invitations to thoughts that we might find diverting or amusing or less boring than the ways we used to think, we must reply that these denigrating suggestions are all false, just bad philosophy. But these are pointless, unprofitable, wearying interruptions, and we must hope that the leaden spirits of our age, which nurture them, soon lift”²⁴¹.

O direito só pode ser considerado válido enquanto for moralmente justificado, ou seja, se baseie em princípios, sendo o principal o da igualdade - segundo o qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração.²⁴²

“Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”²⁴³.

Dworkin afirma que “nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu

²⁴⁰ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010, p. 161.

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2. (Spring, 1996), p.139.

²⁴² CHUEIRI, Vera Karam de. Verbete: Dworkin, Ronald. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 260.

²⁴³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

domínio e reivindique fidelidade”²⁴⁴. A igualdade seria dividida em dois princípios: o princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial: “First, it must show equal concern for the fate of every person over whom it claims dominion. Second, it must respect fully the responsibility and right of each person to decide for himself how to make something valuable of his life”²⁴⁵. Não é possível se pensar numa distribuição política neutra, posto que ela deve ser justificada pela demonstração da aplicação desses dois princípios guias por um governo.

O primeiro princípio demandaria do governo uma adoção de leis e políticas que garantam que o destino dos cidadãos seja independente de quem eles sejam, de onde e sob que circunstâncias tenham nascido. O segundo exige que o governo respeite as opções de vida que os cidadãos fizerem, de acordo com a responsabilidade de cada um de reger sua própria vida.²⁴⁶ Assim, a sua idéia de igualdade não dispensa a idéia de individualidade, mas a integra, visto que o princípio da igualdade também abrange o igual respeito a todos os diferentes modos de vida.

Dworkin compromete a política com a moral na medida em que não acredita na existência de um contrato social original que deve nortear a atuação dos governantes, vez que, conforme já visto, a legitimidade da coerção do direito se daria pela fraternidade presente nas sociedades. Para o autor, estes devem ter sua atuação política baseada em padrões éticos.²⁴⁷ O dever de igual consideração que os governantes devem ter ao criar as leis e elaborarem políticas públicas não deriva de um acordo ou consenso social, mas de valores éticos. Os governantes possuem liberdade para formular as leis e as políticas que acharem melhor para a sociedade, desde que não desrespeitem os princípios formulados pela moral social, em especial o da igual consideração por todos os cidadãos.²⁴⁸

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX.

²⁴⁵ Dworkin, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap, 2011, p. 2.

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVI – XVII.

²⁴⁷ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 1991, p. 7.

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XIV – XV.

Esse comprometimento da política com a moral gera uma conseqüente politização do Judiciário. Para Dworkin, os cidadãos possuem direitos individuais que devem ser preservados, independente do que os órgãos democráticos – não vitalícios e responsáveis por seus atos – acharem ser do interesse da sociedade. E ao Poder Judiciário é dado aplicar o direito no sentido da efetivação de tais direitos. Neste sentido ele age moral e politicamente. Isto porque, Dworkin promove uma distinção entre argumentos de princípio político os quais se referem aos direitos políticos dos cidadãos, e argumentos de procedimento político (*policy*), que “exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público”²⁴⁹. Neste aspecto, os juízes devem fundamentar suas decisões por meio de argumentos de princípio político, entretanto, não podem decidir com base em argumentos de procedimento político.

Segundo Dworkin, a questão sobre a possibilidade ou não dos juízes tomarem decisões políticas irá derivar da sua posição quanto à questão do que se considere Estado de Direito. Dworkin afirma existirem duas concepções de Estado Democrático de Direito: a “centrada no texto legal” e a “centrada nos direitos”²⁵⁰.

A concepção centrada no texto legal admite que o Estado Democrático de Direito, para ser considerado como tal, deve assegurar aos seus cidadãos apenas os direitos expressamente previstos em lei. Assim, os juízes não deveriam decidir questões políticas, pois os direitos só deveriam ser garantidos se estiverem expressamente previstos em lei. Desse modo o conteúdo das normas jurídicas não faz parte do conceito de Estado de Direito. O conteúdo das normas faria parte da justiça substantiva e, apesar desta constituir um ideal em si, ela não integra o ideal do Estado de Direito²⁵¹. Assim, o Judiciário deveria fazer a seguinte pergunta: “qual a vontade do parlamento ao aprovar essa lei?” e não “o que o parlamento deveria ter feito?”.

Para a concepção centrada no texto legal, o juiz deveria tomar uma decisão perante os casos controversos de acordo com algumas “chaves” interpretativas, que

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6.

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 7.

Ihe permitiria determinar a vontade do parlamento. A primeira é a semântica, segundo a qual se deve analisar qual a maior probabilidade da palavra (ou termo) que suscita dúvida ser utilizada para expressar determinada intenção. Ocorre que muitas vezes a palavra não expressa nenhuma decisão para o caso controverso e cada juiz acaba interpretando o termo diferentemente. Entretanto, para os seguidores desta concepção, ainda que nenhuma resposta seja unânime, cada juiz estará tentando, de boa-fé, descobrir o real significado das palavras da lei, de acordo com o seu ideal de Estado de Direito.

A segunda é a de psicologia de grupo, que analisa declarações periféricas à lei, (tais como audiências legislativas) para comprovar a vontade do legislador num determinado texto legal. Mesmo se os legisladores nem sequer tivessem imaginado decidir um caso específico, a interpretação deve ser feita de maneira contrafactual. Buscar-se-ia descobrir a intenção do parlamento se ele fosse obrigado a decidir esta questão. Mas qual seria o alcance deste método? Cartas ou conversas informais, por exemplo, seriam aceitas para formar a “provável” decisão? Esta “criação” de uma vontade latente do parlamento seria mais democrática do que uma decisão judicial interpretativa de acordo com os princípios? Dworkin afirma que:

“Quando um juiz indaga o que os legisladores devem ter pretendido realizar, ele quer perguntar que políticas ou princípios ajustam-se mais naturalmente à lei que aprovaram. Quando indaga o que teriam feito se lhes exigissem que respondessem à pergunta que têm diante de si, quer perguntar que respostas decorrem das políticas ou princípios que se ajustam mais naturalmente à lei que aprovaram. Nenhuma questão é realmente psicológica ou histórica; todas colocam a mesma pergunta básica numa roupagem psicológica ou histórica”²⁵².

Da mesma maneira que na interpretação semântica, a psicologia de grupo também não acredita que haverá uma convergência de decisões sobre a verdadeira vontade dos legisladores. Porém, também vê a tentativa de descobrir a vontade como uma prova de boa-fé do juiz para com o seu ideal de Estado de Direito. Neste caso, acreditam ser melhor que os juízes divirjam sobre a questão contrafactual de “o que os legisladores poderiam ter decidido”, do que sobre a questão política de “o que os legisladores deveriam ter decidido”.

Já para a concepção centrada nos direitos, para ser considerado como tal, o Estado Democrático de Direito não pode assegurar apenas os direitos prescritos nas

²⁵² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 24 – 25.

leis. O texto legal é uma fonte de direitos morais dos cidadãos, entretanto, ele não é a única fonte. Por esta compreensão, o Estado Democrático de Direito deve assegurar igualmente os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos políticos que eles possuem perante o Estado. A lei deve proteger e aplicar tais direitos, mas se não o fizer, isto não impedirá deles serem impostos pelo Poder Judiciário em relação aos cidadãos individuais, pois o ideal da prestação jurisdicional, no modelo centrado nos direitos, é de que, na medida em que isso é praticável, os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal²⁵³. Para esta concepção do direito, uma decisão que considera os direitos morais dos indivíduos será superior a uma decisão que especula qual poderia ser a vontade do legislador se ele houvesse pensado no assunto.

Essa imposição pelo Judiciário não seria arbitrária, pois as leis representam “as tentativas da comunidade para captar direitos morais e requer que qualquer princípio rejeitado nessas tentativas não tenha nenhum papel na prestação jurisdicional”²⁵⁴. Desta maneira, o texto legal continua sendo importante, pois ele determina quais os princípios podem ser utilizados e quais já foram descartados pelo legislativo. Entretanto, entre dois princípios compatíveis com o repertório legal, o juiz não irá decidir de acordo com o que os legisladores teriam escolhido, ele decidirá de acordo com o seu julgamento de qual princípio está correto. Neste sentido o juiz, que acredita na concepção centrada nos direitos, decide politicamente.

Dworkin refuta as críticas aduzidas a essa imposição de direitos morais e políticos pelo Judiciário. Um dos principais argumentos contrários a esta imposição de direitos morais pelos juízes é o argumento democrático segundo o qual as decisões políticas devem ser tomadas por indivíduos que estejam sujeitos ao controle popular, por meio da eleição e reeleição, o que não é o caso dos juízes.

Para a concepção de Estado de Direito centrada no texto legal, a democracia exige que os juízes, nos casos difíceis, descubram qual era ou teria sido a intenção dos legisladores. Seja qual for o método interpretativo – semântico, de psicologia de grupo ou contrafactual – o que se espera é respeitar uma vontade

²⁵³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 15.

²⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 16.

histórica ou latente do legislador. Porém, tais métodos interpretativos não conseguem descobrir a verdadeira vontade do legislador.

O sentido de uma palavra pode ser utilizado por inúmeros motivos que poderiam indicar uma vontade, ou pode simplesmente não querer indicar nada. A análise contrafactual da história das votações do parlamento não podem indicar uma vontade segura de todos os integrantes, seja porque é impossível saber como cada um votaria determinada pauta e qual interpretação seria vencedora, seja porque as influências políticas e econômicas (se tal votação acontecesse) poderiam alterar o rumo de uma votação. O que tais métodos buscam é identificar quais princípios são mais coerentes com uma lei. Um juiz que interpreta de maneira contrafactual não irá se perguntar se um grupo econômico não deixaria um determinado entendimento ser aprovado, ele irá se perguntar que políticas ou princípios se ajustam melhor à lei em questão.

Dessa maneira, “nenhuma questão é realmente psicológica ou histórica; todas colocam a mesma pergunta básica numa roupagem psicológica ou histórica”²⁵⁵. Assim, a utilização de métodos “neutros” para a descoberta da intenção do legislador apenas disfarça uma decisão política. Isto porque se questões de intenção legislativa forem postas como “questões históricas genuínas, não fornecerão nenhuma resposta útil. Para que sejam úteis, devem ser compreendidas como questões que pedem o tipo de julgamento político que, na prática, é obrigatório para os juízes que as usam”²⁵⁶.

O argumento democrático contrário às decisões judiciais de princípio político acredita que um legislador eleito pela maioria do público seja mais capaz de decidir sobre que direitos as pessoas possuem. Dworkin concorda que o Legislativo é o órgão adequado para tomar decisões de política, entretanto, discorda que o mesmo seja mais capaz que o Judiciário para decidir sobre questões de princípios.

Primeiramente, Dworkin questiona a afirmação de que o Legislativo esteja numa posição privilegiada para produzir decisões sobre direitos do que o Judiciário. Decisões sobre direitos seriam melhores quanto mais bem informadas puderem ser.

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 25.

²⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 25.

Contudo, Dworkin não vê o Legislativo em posição de superioridade informacional em relação ao Judiciário. Além dos juízes possuírem uma técnica mais desenvolvida, eles são menos propensos a pressões políticas e econômicas, principalmente em questões envolvendo maiorias que não querem conferir direitos às minorias. Assim, Dworkin acredita que os legisladores não estão em posição institucionalmente superior aos juízes para decidir questões sobre direitos.

Outros podem afirmar que os juízes estão em posição pior que o legislativo, pois ao julgarem de maneira original estariam se baseando em suas convicções particulares para decidirem questões de moralidade política, ferindo assim a democracia. Entretanto, podemos considerar que os juízes podem decidir de acordo com as suas próprias convicções de dois modos diferentes. Um juiz pode decidir um caso difícil fundamentado apenas na sua própria opinião. Diferentemente, um juiz também pode decidir um caso difícil fundamentado na sua crença de que determinado princípio se enquadra melhor ao ordenamento do que os demais. Dworkin acredita que, enquanto a primeira concepção é ofensiva à democracia, a segunda concepção é válida, pois em algum momento todo juiz deverá “basear-se na substância de seu próprio juízo para poder emitir algum juízo”²⁵⁷. Assim, o juiz que decidir conforme essa segunda, e correta concepção, não escolherá as suas concepções políticas e as convicções do conjunto da comunidade. Sua teoria, portanto, identificará uma concepção particular de moralidade comunitária, segundo a qual ela seria a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressuporiam.

Para o positivismo de Hart, os juízes devem decidir os casos difíceis em duas etapas: primeiro encontrando o limite daquilo que o direito explícito exige e depois legislando discricionariamente sobre os problemas que o direito não alcança. Assim, nos casos difíceis, os juízes estariam livres para decidir com base nas suas próprias concepções de moral individual, caindo, assim, na objeção democrática. Nesses casos em que o direito explícito não resolve o problema, as partes não teriam direito institucional algum, sendo plausível que ele possa ver a si próprio como agente da maioria ao legislar novos direitos²⁵⁸.

²⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 194.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 195.

Dworkin afirma que um juiz ao emitir uma decisão de princípio político pode cometer erros sobre os direitos que as pessoas possuem. Porém, não é concebível que, pelo fato de serem falíveis, os juízes não devam tentar determinar os direitos institucionais das partes, mas somente decidir com base em razões políticas ou até mesmo nem decidir. Assim, nós “devemos confiar nas técnicas de decisão judicial que, a nosso juízo, possam reduzir o número de erros, com base em algum juízo a respeito das capacidades relativas dos homens e das mulheres que podem desempenhar diferentes papéis”²⁵⁹. A possibilidade do erro não impede que os juízes tentem chegar a decisões justas. Da mesma maneira, não há razão para crer que algum outro grupo específico tenha maior capacidade moral, e mesmo que exista alguma razão, deveria então ser alterado o processo de seleção dos juízes e não a técnica de julgamento.

Segundo, há a objeção de que os juízes não poderiam fazer julgamentos políticos, pois isso levaria a uma desordem social, uma vez que não há mecanismos de responsabilização do Judiciário contra decisões impopulares. Deste modo, os cidadãos julgariam como ilegítimas as decisões proferidas pelos tribunais. Este argumento não considera que as decisões baseadas na vontade legislativa sejam apolíticas, apenas importa que elas sejam vistas como apolíticas, pois julgamentos políticos poderiam diminuir o respeito pela lei. Todavia Dworkin afirma que nos Estados Unidos, há algumas décadas, a sociedade vem confiando mais em argumentos de princípio político do que em argumentos históricos para fundamentar as decisões judiciais. O Supremo Tribunal conseguiu conquistar a opinião pública com a Corte Warren, quando a população concordou com decisões “extremamente populares numa época em que a compreensão popular acerca do papel do tribunal ainda insistia na interpretação histórica, não na interpretação política, da Constituição”²⁶⁰.

O mesmo processo aconteceu no Brasil, principalmente com a promulgação da Constituição de 1988. A chamada “Constituição Cidadã” foi capaz de contagiar a sociedade num espírito de cidadania e direitos individuais que permitiu com que os juízes extrapolassem o seu antigo papel de meros aplicadores da lei para efetivarem

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 203.

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 30.

os direitos individuais postos na Constituição. Hoje essa concepção de proteção de direitos, principalmente das minorias, por parte do Judiciário, está arraigada na sociedade. Principalmente em virtude dos inúmeros casos de corrupção por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, a sociedade deslocou grande parte da confiança na proteção de direitos fundamentais ao Judiciário. Ainda que o Judiciário possua grandes defeitos e esteja longe de ser isento de corrupção, nas últimas duas décadas ele foi capaz de produzir grandes avanços no tocante aos direitos fundamentais.

Finalmente, outra objeção rebatida por Dworkin seria a de que decisões políticas proferidas pelo Judiciário feririam a equidade. Uma vez que a democracia pressupõe a igualdade de poder político, o poder dos cidadãos individuais seria diminuído se as decisões políticas forem tiradas dos legisladores por eles eleitos e entregues aos juízes. Dworkin admite que se todas as decisões políticas forem tiradas do Legislativo haveria uma perda democrática. Entretanto, a sua teoria apenas afirma que os juízes devem proferir decisões de princípio político e não decisões de política.

Ocorre que, numa democracia, não existe uma igualdade fática de poder político²⁶¹. Se esta constatação é verificável nos Estados Unidos, no Brasil, com muito mais acento podemos dizer que muitas pessoas não só tem um poder político menor, como muitas vezes estão totalmente destituídas de qualquer poder. Grupos econômicos e majorias²⁶² possuem mais poderes políticos do que minorias e

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 31.

²⁶² Dworkin compreende democracia como auto-governo de cada indivíduo, sujeito à condição de igual consideração e respeito com todos os cidadãos. Para Dworkin, a democracia não corresponde à decisão da maioria, pois esta é condicionada ao princípio da igualdade. *"If we reject the majoritarian premise, we need a different, better account of the value and point of democracy. Later I will defend an account – which I call the constitutional conception of democracy – that does reject the majoritarian premise. It denies that it is a defining goal of democracy that collective decisions always or normally be those that a majority or plurality of citizens would favor if fully informed and rational. It takes the defining aim of democracy to be a different one: that collective decisions be made by political institutions whose structure, composition, and practices treat all members of the community, as individuals, with equal concern and respect."* (...) *"The constitutional conception of democracy, in short, takes the following attitude to majoritarian government. Democracy means government subject to conditions – we might call these the 'democratic' conditions – of equal status for all citizens. When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason"*. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the american constitution*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 17. Essa discussão em torno do caráter contra majoritário da jurisdição, apesar de relevante, não será discutida de maneira pontual neste trabalho. Acompanhamos as discussões em torno da relação entre constitucionalismo e democracia - do caráter contramajoritário do poder judiciário e do caráter

desprivilegiados econômicos. Então, deve-se questionar o quanto os indivíduos de uma sociedade ganham em poder político quando as decisões sobre direitos são passadas do Legislativo para o Judiciário.

Apesar do acesso ao Judiciário ser dispendioso, é ainda mais custoso ter algum poder efetivo sobre as decisões tomadas no Legislativo ou Executivo. No Brasil, desde a década de 50, se adotou uma política pública de justiça gratuita²⁶³ – que permite aos economicamente desprivilegiados o acesso ao Judiciário sem a necessidade do pagamento de custas judiciais –, com o objetivo de minorar o custo dos direitos no Judiciário. No entanto esta política pública assistencialista é insuficiente. Recentemente, instituições como a Defensoria Pública²⁶⁴ e o Ministério Público, de forma menos assistencialista, têm intervindo de maneira a garantir uma maior efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional. Desta maneira, as minorias e os indivíduos ganham em poder político quando o Judiciário protege seus direitos contra a maioria legislativa. Assim, o ideal de igualdade, que deve estar presente nas democracias, pode ser promovido e não minorado pela atuação política dos tribunais.

“Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder políticos, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na

majoritário do poder Legislativo - efetuadas no Núcleo de Pesquisa da UFPR “Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas”, coordenado pela Prof^a. Vera Karam de Chueiri. Os autores enfrentados como Dworkin, Habermas e outros como Frank Michelman, John Hart Ely, Roberto Gargarella, Carlos Santiago Nino, discutem essa questão da relação entre constitucionalismo e democracia e a sua problematização em relação à legitimidade do Poder Judiciário. Nesse sentido, ver: MICHELMAN, Frank I. *Excerpts from Brennan and democracy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999; ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge, Mass., London: Harvard University Press, 1980; NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa S.A., 1997; GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004.

²⁶³ Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.

²⁶⁴ Além de uma política pública de valorização das Defensorias Públicas Federais, recentemente, com atraso de 23 anos em relação ao disposto na Constituição Federal (“Art. 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV (...) § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”), pela pressão da sociedade civil, inclusive da OAB/PR, a Defensoria Pública do Estado do Paraná foi criada por meio da Lei Complementar Nº 136 de 19 de maio de 2011.

medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas”²⁶⁵.

Sendo assim, a concepção de Estado de Direito que Dworkin prescreve encoraja indivíduos a discutir com a comunidade as relações entre os cidadãos e entre os cidadãos e o Estado. Promove um fórum na qual as suas reivindicações podem ser ouvidas. Nesse aspecto, a democracia e o Estado de Direito não são considerados conflitantes, pois ambos estão enraizados no ideal da igualdade. Na concepção de Dworkin, o Estado de Direito “enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum do princípio, e isto é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, e não, isoladamente, uma questão de bem público”²⁶⁶.

Mesmo no Brasil sendo tão necessária a efetivação de diversos direitos sociais, a proteção de direitos individuais não impede que esta efetivação ocorra. Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, a teoria de Dworkin não pode ser pensada como exclusivamente protetora dos direitos individuais. A separação em direitos individuais e sociais é apenas acadêmica, pois na prática não se pode vislumbrar a efetivação de direitos individuais sem a efetivação dos direitos sociais. A proteção de direitos individuais interessa a toda a sociedade, pois não representa meramente a tutela de um interesse particular. Visto não estarmos mais “sob a égide do paradigma positivista que via um Direito subjetivo apenas como a tutela de um interesse particular. Hoje deve ficar pacífico que a violação de um direito, de quem quer que seja, onde quer que seja, ofende a todos igualmente”²⁶⁷.

“A primeira [crítica], seria a de que Dworkin seria um liberal típico porque estaria conferindo precedência aos direitos de primeira geração sobre os direitos sociais. O argumento condutor afirma que esses últimos seriam formulados a partir de políticas sociais e, por conseguinte, não seria racional afastar da jurisdição a argumentação tendente a construir esses direitos. Contudo, essa crítica não percebe que a classificação dos direitos fundamentais é meramente acadêmica e que a cisão dos direitos fundamentais – fora da argumentação – é metafísica, eis que pretende

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 32.

²⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 39.

²⁶⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

separar o próprio homem, na condição de titular e destinatário dos mesmos. Logo, como sustentar a prevalência da igualdade sem também considerar a saúde, a previdência, o meio ambiente etc.? Como considerar hoje em dia o direito de propriedade sem levar em conta o direito social da habitação? Do mesmo modo, como entender a liberdade de pessoas sem a alimentação ou nenhuma forma de educação? É por isso que Habermas sustenta que a inclusão social é essencial para a construção discursiva da democracia, eis que sem participantes competentes de certo a sociedade pagará seu preço em violência urbana e rural, tal como assistimos cotidianamente no Brasil”²⁶⁸.

Entretanto, a justificativa para a não proteção de um direito individual em nome de um bem público – conforme vimos na teoria pragmática de Posner – fere a igualdade e a democracia, pois diminui o poder político de alguns cidadãos, além de ferir o Estado de Direito, na medida em que ele é concebido como protetor de direitos morais aos seus cidadãos.

Outra objeção feita às decisões originais é a da teoria do significado. Segundo tal teoria, nos casos em que os autores da Constituição utilizaram uma linguagem vaga, o que eles disseram ou quiseram dizer fica limitado às suas concepções do que seriam violações. Assim, tal teoria estrita restringe os direitos a apenas àqueles reconhecidos por um determinado grupo de pessoas num determinado momento histórico²⁶⁹.

Dworkin afirma que a teoria constitucional norte-americana não é uma simples teoria da maioria, a minoria deve ser protegida pela Constituição e pelo *Bill of Rights* contra decisões da maioria, ainda que baseada no interesse geral²⁷⁰. Da mesma maneira podemos afirmar que a nossa “Constituição Cidadã”, com a sua extensa proteção de direitos fundamentais e sociais, procurou proteger os cidadãos

²⁶⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 187.

²⁶⁹ Para demonstrar de como o argumento da teoria do significado é frágil, Dworkin dá o seguinte exemplo: “suponhamos que eu dissesse a meus filhos que esperava que eles não tratassem os outros injustamente. Sem dúvida eu teria em mente exemplos da conduta que desejaria desencorajar, mas não aceitaria que meu ‘significado’ se limitasse a esses exemplos, por duas razões. Em primeiro lugar, eu esperaria que meus filhos aplicassem minhas instruções a situações nas quais eu não teria pensado nem poderia ter pensado. Em segundo lugar eu estaria pronto a admitir que algum ato particular que eu consideraria justo (*fair*) era de fato injusto, ou vice-versa, caso um de meus filhos conseguisse me convencer disso posteriormente. Nesse caso, eu gostaria de dizer que minhas instruções incluíam o caso por ele citado, e não que eu mudaria minhas instruções. Eu poderia dizer que minha intenção era a de que a família se guiasse pelo *conceito* de justiça (*fairness*) e não por alguma *concepção* particular de justiça (*fairness*) que eu tivesse em mente”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 211.

²⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 208.

contra as possíveis arbitrariedades das maiorias. As restrições à vontade da maioria podem ser justificadas pela existência de direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria. Tais direitos seriam garantidos por disposições constitucionais que tanto podem ser claras e precisas, quanto podem ser vagas (chamados de “padrões vagos”), como é o caso do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

Para entender melhor a questão, Dworkin demonstra a distinção entre conceitos de justiça e concepções de justiça. Um grupo compartilha da crença de que certos atos sofrem de um defeito moral particular que eles chamam de injustiça e concordam com um grande número de casos padrão de injustiça (e os tomam como referencial para testar outros casos). Neste caso o grupo possui um conceito de justiça. Entretanto, os membros de tal grupo divergem sobre os princípios que devem guiar muitos outros casos controversos. Nesta situação o grupo teria diferentes concepções de justiça.

Assim, os membros de uma comunidade apelam a um conceito de justiça quando esperam que as pessoas ajam com equidade. Eles permitem que os destinatários da norma desenvolvam as suas instruções de acordo com as suas próprias concepções de justiça sempre que surgirem casos controvertidos. Porém, isso não significa que os destinatários devam agir com total discricionariedade em casos difíceis, pois há a fixação de “um padrão que eles devem procurar satisfazer – e podem fracassar nessa tentativa – porque se supõe que uma concepção é superior a outra”²⁷¹.

Por outro lado, os membros de uma comunidade apelam a uma concepção particular de justiça quando arrolam as aspirações segundo as quais os casos controvertidos devem ser decididos. A diferença entre conceito e concepção de justiça não diz respeito apenas a um detalhamento das instruções. Quando se apela à justiça é colocada uma questão moral, já a formulação de uma concepção de justiça é a tentativa de responder tal questão. Assim, as cláusulas “vagas” de uma constituição não podem ser chamadas desta maneira, pois elas não são normas

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 212.

incompletas ao estabelecerem concepções de justiça. Neste caso, um maior detalhamento não as tornará mais precisa, visto serem apelos a conceitos morais²⁷².

Dworkin distingue as visões do “ativismo judicial” e da “moderação judicial” como filosofias acerca da maneira com que os tribunais devem decidir problemas constitucionais controversos. O ativismo judicial acredita que os tribunais devem desenvolver as cláusulas constitucionais chamadas de vagas e revê-las de tempos em tempos de acordo com uma visão moral, devendo julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente desta maneira.

A moderação judicial, por outro lado, acredita que os tribunais devem manter as decisões de outros setores do governo, ainda que elas ofendam a percepção que os juízes tenham dos princípios exigidos pela doutrina constitucional geral. Todavia, excetuam-se os casos em que essas decisões sejam tão ofensivas que violem as estipulações de qualquer interpretação plausível ou quando um precedente inequívoco exija uma decisão contrária²⁷³.

Existem duas formas de moderação judicial: o ceticismo político e a deferência judicial. O ceticismo político afirma que o indivíduo não tem direitos morais contra o Estado, mas tão apenas os direitos jurídicos que a constituição expressamente garanta. Já a deferência judicial acredita que os indivíduos tenham direitos morais, mas sua força é discutível apenas pelos órgãos políticos. Desta maneira, as decisões judiciais deveriam respeitar as determinações dos Poderes Executivo e Legislativo.

Como já vimos, Dworkin acredita que os cidadãos de um Estado possuam direitos morais independentemente das disposições legais existentes. A idéia cética, ou da concepção de Estado de Direito “centrada no texto legal”, já foi objeto de análise acima. Entretanto, a forma da deferência judicial deve ser melhor analisada. Para Dworkin, os direitos não são apenas “daquele tipo fantasmagórico de coisas que homens e mulheres têm”²⁷⁴, mas um tipo concreto de direito. Assim, a

²⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 214.

²⁷³ Dworkin ressalta tratar aqui da forma mais forte tanto do ativismo judicial, quanto da moderação judicial. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 215.

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 218.

reivindicação de um direito é “um tipo de juízo sobre o que é certo ou errado que os governos façam”²⁷⁵.

A deferência judicial se fundamenta no argumento democrático, segundo o qual as questões não regulamentadas devem ser decididas por instituições políticas, que possam ser responsabilizadas por suas decisões. Este argumento pode ser dividido em duas partes: objeção em relação às decisões de instituições democráticas serem mais justas e objeção em relação a elas serem mais bem fundadas. A primeira objeção não pode prosperar em razão da eqüidade, pois as questões a respeito dos direitos contra a maioria não devem ser julgadas pela própria maioria. Assim, “o argumento a partir da democracia pede que os detentores de poder político sejam convidados a ser os únicos juizes de suas próprias decisões, para estabelecer se eles tem o direito de fazer aquilo que decidiram que querem fazer”²⁷⁶. Não é possível que, pela eqüidade, seja permitido à maioria decidir os limites de seu próprio poder.

Quanto à segunda objeção, ela sugere que os direitos humanos são melhores protegidos se forem deixados para emergir naturalmente do processo das instituições políticas, em resposta às pressões políticas. Isto porque, um governo baseado em princípios seria uma

“administração ineficiente e, no longo prazo, destinado ao fracasso, pouco importando quão capazes e honestos são os estadistas que tentem administrá-lo. Isto porque existe um limite para a complexidade que qualquer princípio pode incorporar e, ainda assim, permanecer como um princípio identificável. Esse limite fica aquém da complexidade da organização social”²⁷⁷.

Um princípio político deveria então passar no teste da aceitação social a longo prazo para que possa ser bem fundamentado de modo a estabelecer direitos. Esta afirmação disfarça uma idéia cética de que não existem direitos contra o Estado, pois se a existência de direitos for aceita, a minoria deve ser protegida contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral. Os direitos contra o Estado “são

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 218.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 225.

²⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 226-227.

pretensões que, se aceitas, exigem que a sociedade se conforme com instituições que talvez não se ajustem a ela de maneira confortável”²⁷⁸.

O ativismo judicial também possui seus pontos fracos, pois permite que se corra o risco de que os juízes venham a fazer escolhas erradas. Dworkin afirma que “todo jurista acha que, em algum momento de sua história, a Suprema Corte errou, às vezes profundamente”²⁷⁹. Isto é particularmente verdadeiro no caso brasileiro. Entretanto, este risco não ocorre somente no excesso de ativismo, mas também na falta de atuação do Judiciário na defesa de direitos fundamentais. Mesmo assim, devemos pensar numa teoria da decisão judicial que minimize ao máximo esses erros. Desta maneira, Dworkin delinea os parâmetros da sua tese dos direitos e procura maneiras de minimizar possíveis erros, sem nunca se esquecer que juízes são falíveis como todos os demais homens.

Os juízes ativistas normalmente fundamentam a sua defesa no argumento de que seus objetivos sociais são bons ou que irão favorecer o interesse de todos. Estes tipos de argumentos fragilizam a posição do ativismo judicial frente aos seus críticos, que afirmam que os tribunais não podem impor a sua própria concepção do que é o bem social. Na verdade a questão é outra, é a de saber quais direitos morais o indivíduo tem contra o Estado. Por isto Dworkin questiona um ativismo judicial tosco, sem fundamentação e sem limites.

Nesse aspecto, apesar de ser compreensível que os juristas temam a contaminação do direito pela filosofia moral, é preciso reconhecer que o direito não é mais independente da filosofia do que da economia ou da sociologia jurídica e que não é necessário que os juristas desempenhem um papel passivo no desenvolvimento dos direitos morais contra o Estado²⁸⁰.

Assim, por adotar a concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, o Judiciário não pode estar alheio ao trabalho político da sociedade. A efetividade dos direitos morais apenas se inicia com a elaboração das regras pelo Executivo e pelo legislativo, e é a atuação do Judiciário que irá efetivar os direitos morais nos casos

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 230.

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 232.

²⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 234.

concretos. As regras gerais e abstratas necessitam ser aplicadas ao caso concreto, por isto os trabalhos de aplicação e de criação de regras e de políticas públicas são complementares. Não obstante serem complementares, deverão ser fundamentados diferentemente.

II.2.3. A resolução de casos difíceis

Conforme visto no primeiro capítulo, Dworkin considera inadequada a resposta que o positivismo jurídico, em especial o de Hart, fornece nos casos difíceis, aqueles para os quais não existira uma regra de direito clara a ser aplicada ao caso. Para o positivismo jurídico de Hart, nos casos difíceis o juiz teria um “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Isto significa que o juiz poderia legislar novos direitos jurídicos e aplicá-los retroativamente ao caso.

Para Dworkin, o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, mesmo nos casos difíceis. Isto não significa que a teoria de Dworkin fornecerá um procedimento mecânico que demonstre quais são os direitos das partes nos casos difíceis, vez que ele pressupõe que juízes irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos. Entretanto, Dworkin acredita que para cada caso específico e concreto exista uma resposta correta a ser descoberta pelo juiz. Esta análise só pode ser feita casuisticamente, levando em consideração todas as circunstâncias do caso.

Frequentemente as teorias da decisão judicial colocam o julgamento à sombra da legislação. Como regra, os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições e não devem criar um novo direito. Como isto nem sempre é possível, os juízes devem então criar um novo direito - de maneira dissimulada ou explícita – como se fossem delegados do poder legislativo. A subordinação é profunda, pois “coloca qualquer entendimento do que os juízes fazem nos casos difíceis na dependência de uma compreensão anterior do que os legisladores fazem

o tempo todo”²⁸¹. Desta maneira, os juízes estariam atuando como um poder legislativo segundo.

Todavia, os juízes não deveriam e não são legisladores delegados. Essa concepção não leva em consideração a distinção entre argumentos de princípio (*principles*) e argumentos de política (*policy*). Conforme esboçado anteriormente, os argumentos de política justificam uma decisão política ao mostrar que ela protege algum objetivo coletivo da comunidade. Já os argumentos de princípio justificam uma decisão política ao mostrar que ela respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.

A justificação de um programa legislativo, normalmente exige esses dois tipos de argumentos, pois “não foge à competência do poder legislativo aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos”²⁸². Se os tribunais fossem legisladores delegados eles também deveriam poder justificar suas decisões de ambas as maneiras. No caso das decisões que apenas aplicam os termos claros de uma lei, elas sempre se justificam com argumentos de princípio, pois o direito que uma lei garante transforma as justificações políticas em uma questão de princípio. Já nas decisões de casos difíceis, apesar de parecer que ambas justificações seriam aceitáveis, Dworkin afirma que apenas as justificações baseadas em argumentos de princípio²⁸³ seriam adequadas para o Judiciário²⁸⁴.

“Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema

²⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 129.

²⁸² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 130.

²⁸³ Para Álvaro Ricardo de Souza, “Ao contrário da ponderação de valores, que admite uma transição permanente entre argumentos pragmáticos e jurídicos, Dworkin, em se tratando de direitos fundamentais, fecha esse portal de comunicação argumentativo, prescrevendo uma decisão judicial pautada em princípios, ou seja, em argumentos estritamente jurídicos”. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 200.

²⁸⁴ Como exemplo, Dworkin cita o caso da *Spartan Steel*, no qual os empregados da *Martin & Co.* romperam um cabo elétrico de uma empresa que fornecia energia à *Spartan Steel* e o tribunal deveria decidir se o demandado, por uma atuação negligente, teria o dever indenizar o dano causados à demandante: “o tribunal poderia ter chegado a sua decisão perguntando se uma empresa na posição do demandante tinha direito a uma indenização – o que é uma questão de princípio – ou se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes na forma sugerida pelo demandante – o que é uma questão de política”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 131.

constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação. Extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”²⁸⁵.

Para Dworkin, dois argumentos que sustentam a tese de que a decisão judicial deve ser a menos original possível seriam: primeiro, o de que uma comunidade deve ser governada por homens eleitos pela maioria e responsáveis perante ela, e, segundo, o de que ao ser criada uma nova lei pelo juiz, a parte perdedora seria punida por ter violado um dever criado pelo juiz após o fato. Porém, estes argumentos fornecem mais objeções às decisões geradas por políticas do que as geradas por princípios.

As decisões sobre políticas devem, de fato, ser realizadas por meio de um processo político criado para oferecer uma expressão dos diferentes interesses individuais que devem ser levados em consideração, pois elas correspondem a um “compromisso entre objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade como um todo”²⁸⁶. Todavia, esse primeiro argumento não afetaria as decisões originais baseadas em princípio – as quais que não representam o bem-estar geral, mas sim, os princípios morais que regem a sociedade personificada e regida pela fraternidade. Para questões de princípios, os juízes – por não serem tão suscetíveis as pressões econômicas e políticas – podem ser mais qualificados para decidir, diferentemente do que ocorre nas questões políticas em que tais pressões, principalmente eleitorais, devem ser levadas em consideração.

O segundo argumento igualmente não constitui uma objeção quanto a argumentos de princípio, pois é o direito que o demandante tem contra o réu que gera um dever correspondente da sua parte e não um dever novo criado pelo juiz. Isto porque:

“se o demandante tem de fato o direito a uma decisão judicial em seu favor, ele tem a prerrogativa de poder contar com tal direito. Se for óbvio e incontroverso que ele tem o direito, o réu não poderá alegar ter sido injustamente surpreendido pela decisão, simplesmente porque o direito não foi criado por meio da publicação em uma lei. Por outro lado, se a

²⁸⁵ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

²⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 133.

reivindicação do demandante for duvidosa, o tribunal deverá, até certo ponto, surpreender qualquer uma das partes com sua decisão”²⁸⁷.

Se houver algum erro na decisão do direito existente no caso, isto não é uma consequência da originalidade do seu argumento, pois não há motivos para acreditar que um juiz que não possa decidir de maneira original irá cometer menos erros do que um que não tenha tal limitação.

A tese dos direitos de Dworkin – pela qual as decisões judiciais devem efetivar direitos políticos já existentes – resolve a suposta tensão entre originalidade judicial e história institucional. Isto porque os direitos políticos são criações tanto da história quanto da moralidade. Eles refletem as decisões políticas tomadas no passado e não se opõem a elas. Assim, a história institucional não age como uma restrição do juízo político dos juízes, mas como um dos componentes desse juízo.

Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política, que requer uma consistência articulada. Por isto, “ela condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”²⁸⁸. Esta exigência é mais fraca quando se trata de políticas do que de princípios, pois as políticas não precisam tratar todos igualmente para poder atingir um objetivo coletivo. Por exemplo, o Legislativo pode conceder um subsídio a um determinado tipo de indústria para estimular a sua construção e não aos demais tipos. O mesmo não ocorre com as decisões de princípio. Os princípios exigem coerência na sua aplicação, não apenas com relação a uma regra específica que o anuncia. Uma decisão de princípio deve ser “compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas”²⁸⁹.

Uma vez que argumentos de princípio estabelecem direitos individuais e argumentos de política estabelecem objetivos políticos, Dworkin distingue

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 135.

²⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 138.

²⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 138.

formalmente direitos e objetivos, para fornecer um guia que permita descobrir que direitos as pessoas possuem numa determinada teoria política.

O objetivo político seria uma justificação política genérica. O direito político seria um objetivo político individuado, ou seja, “um indivíduo tem direito a uma oportunidade, a um recurso ou a uma liberdade se esse direito conta a favor de uma decisão política que promove ou protege o estado de coisas no qual ele desfruta tal direito”²⁹⁰. Quando fala em “indivíduos”, Dworkin engloba as pessoas jurídicas e até mesmo alguns grupos especiais dentro da comunidade que são dotados de importância corporativa, como, por exemplo, grupos raciais. Neste sentido, é possível conceber que alguns grupos de grande importância dentro da comunidade podem ser considerados como detentores de “direitos de grupos”²⁹¹.

Por outro lado, uma meta seria um objetivo político não-individuado. Elas “estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma comunidade, tendo em vista a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo”²⁹². Elas constituem uma estratégia política para o alcance de um bem coletivo. Nas metas políticas, o princípio distributivo está subordinado a uma determinada concepção de bem coletivo. Assim, variações distributivas entre os indivíduos podem ser justificadas demonstrando que estão fundamentadas por uma melhoria no bem-estar geral. Dworkin exemplifica com a meta da eficiência econômica, que as vezes requer que determinada indústria seja subsidiada em algumas circunstâncias e, em outras, seja tributada rigorosamente.

O direito não é qualquer objetivo político, ele deve ter um certo peso contra as metas coletivas em geral. Isto porque, “segue-se da definição de um direito, que ele não pode ser menos importante que todas as metas sociais”²⁹³, a não ser por uma meta de urgência especial. Desta forma, a posição de um objetivo político, enquanto meta ou direito, irá depender do seu lugar ou função dentro de uma

²⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 142.

²⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 143.

²⁹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 143.

²⁹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 144.

determinada teoria política. A mesma expressão pode descrever uma meta no contexto de determinada teoria e um direito no contexto de outra.

Ainda deve ser feita uma distinção entre direitos preferenciais (*ground rights*), “que fornecem uma justificação para decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato, e direitos institucionais, que fornecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica”²⁹⁴.

Finalmente, pode ser feita uma distinção entre direitos abstratos, que é um objetivo político geral – como a liberdade de expressão – e direitos concretos, que é um objetivo político definido com maior precisão em determinadas ocasiões – como a possibilidade de um jornal publicar dados governamentais confidenciais.²⁹⁵

Dessa maneira, segundo a tese dos direitos, os casos difíceis devem ser decididos por meio da confirmação ou não de direitos (e não metas) concretos e institucionais.

Não é apenas o Direito que possui direitos institucionais. Outros tipos de sistemas também possuem esses direitos. Dworkin exemplifica com o xadrez, que seria um sistema mais simples de analisar que o Direito. No xadrez os direitos institucionais são instituídos por regras constitutivas e reguladoras que caracterizam o jogo, sem que sejam necessárias considerações sobre a moralidade geral. Neste sentido, o xadrez é uma instituição autônoma. A legislação, por outro lado, não é totalmente autônoma, pois existem regras constitutivas e reguladoras especiais, mas elas não são suficientes para determinar um direito institucional sem recorrer à moralidade política.

²⁹⁴ Dworkin cita o exemplo de uma teoria política que preveja que todo indivíduo tem um direito à propriedade e outro caso tenha mais necessidade dela: “posso admitir que ele não tem nenhum direito institucional a uma decisão judicial que perdoe o roubo. Mesmo que eu faça essas concessões, posso manter minha alegação inicial, argumentando que as pessoas, em seu conjunto, têm uma justificação para emendar a Constituição com o fito de abolir a propriedade, ou talvez para se rebelar e derrubar por completo a atual forma de governo. Eu posso alegar que cada homem possui um direito preferencial residual que pode justificar ou exigir tais atos, mesmo que eu conceda que ele não tem direito a decisões institucionais específicas, quando se considera como essas instituições estão atualmente constituídas”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 145-146.

²⁹⁵ Dworkin ainda distingue: direitos contra o Estado (dependem da ação de um órgão governamental) e direitos contra os cidadãos (exercem coerção contra indivíduos); e direitos universais (para todos os membros da sociedade) e direitos especiais (para apenas algum segmento da sociedade). Dworkin pressupõe que neste livro todos os direitos políticos sejam universais. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 147.

Mesmo no caso de instituições autônomas, como o xadrez, é possível haver casos difíceis em que seja necessária a interpretação de uma regra antes de aplicá-la. Por exemplo, um torneio de xadrez possui uma regra que impõe uma penalidade a um jogador que esteja irritando “de maneira não razoável” o outro durante a partida²⁹⁶. A aplicação desta regra irá depender da situação para que possa ser interpretada a expressão “de maneira não razoável”. Seria possível aplicar a penalidade a um jogador que estivesse sorrindo de maneira contínua para seu adversário?

Neste caso, Dworkin afirma que não se pode pensar que o árbitro seja livre para legislar discricionariamente, conforme a previsão de Hart nos casos em que a regra apresente uma “textura aberta”. Entre uma decisão que protege a natureza do jogo, e outra que não, os participantes têm direito à primeira interpretação. A interpretação de algumas convenções, que são abstratas e não incompletas, irão depender de conceitos que admitem diferentes concepções, ou seja, de um “conceito contestado”²⁹⁷.

No caso do xadrez, a natureza do jogo – conceito que irá esclarecer a decisão sobre uma provocação “não razoável” –, por ser um conceito contestado, deverá ser construído pelo árbitro. A construção da natureza do jogo é necessária porque um jogador concorda não só com o conjunto das regras do jogo, mas com o empreendimento como um todo, que possui um caráter próprio²⁹⁸. Para Dworkin, esta reconstrução da natureza do jogo não se dá, na prática, de maneira totalmente consciente e sistematizada, ela se desenvolve ao longo da carreira do árbitro. O mesmo acontece com os juízes para construir os conceitos contestados necessários para a solução de casos difíceis.

As partes tem direito ao melhor juízo “sobre a verdadeira natureza de seus direitos. A proposição de que existe uma resposta “certa” a essa pergunta não significa que as regras do xadrez sejam exaustivas e não ambíguas; na verdade,

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 159.

²⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 160.

²⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 164.

trata-se de uma complexa afirmação sobre as responsabilidades dos árbitros e dos participantes²⁹⁹.

Para examinar como casos difíceis podem ser decididos e conceitos controversos construídos, Dworkin cria Hércules, um juiz com capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas³⁰⁰. Com este artifício teórico pretende examinar como poderiam ser desenvolvidas teorias sobre o que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem, da mesma maneira que um árbitro construiria as características de um jogo.

Para responder a um caso difícil, Hércules deverá fazer uma série de perguntas. Dworkin dá o exemplo da validade de uma lei que assegura o transporte escolar gratuito às crianças das escolas paroquiais em face de uma cláusula constitucional que determine que nenhuma lei será válida se institucionalizar uma religião³⁰¹.

Ele começa se perguntando por que a Constituição tem o direito de criar ou extinguir direitos. A sua resposta seria a de que a Constituição estabeleceria um sistema político geral que é justo o suficiente para que o aceitemos por razões de equidade, pois há um benefício dos cidadãos viverem numa sociedade cujas instituições sejam ordenadas por uma Constituição. Após, Hércules deve questionar-se qual o sistema principiológico estabelecido por esta Constituição, isto é, ele deve elaborar uma teoria constitucional. Ocorre que mais de uma teoria pode adequar-se à disposição específica a respeito da religião, então Hércules deve analisar qual das teorias se harmoniza melhor com o sistema constitucional como um todo.

Entretanto, essa teoria ainda será insuficientemente concreta para decidir casos específicos. No exemplo citado acima, a teoria constitucional pode não conseguir definir uma concepção de liberdade religiosa. Então Hércules deverá

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 163.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 165.

³⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 165.

decidir qual concepção de liberdade religiosa é a mais satisfatória da idéia geral de liberdade³⁰².

Os casos difíceis também podem envolver a aplicação de uma lei cujos termos são amplos o bastante para aplicá-la ou não em um determinado caso. Para tanto, Hércules teria que construir não uma hipótese a respeito da intenção dos legisladores, mas uma teoria política que justifique melhor essa lei do que qualquer outra teoria³⁰³.

A atuação de Hércules não é uma continuação da atividade do legislativo. A atividade legislativa é um evento contestado em si mesmo, por isto, não é possível determinar o que o poder legislativo teria feito caso tivesse decidido sobre o caso difícil. Hércules terá que construir uma teoria política para interpretar a lei, entretanto, isto não significa que esta teoria política será de alguma maneira limite para as diretrizes políticas do Legislativo. Os termos de uma lei irão estipular um limite de interpretação, pois o Poder Legislativo não tem o dever de se ajustar a uma concepção política em especial³⁰⁴.

Além da Constituição e das leis, o juiz precisa analisar a jurisprudência. Os legisladores possuem pouca exigência quanto à coerência dos argumentos de política. Não existe uma necessidade de justificar sua atuação de acordo com a atuação de outros legisladores, pois não há uma exigência de equidade no atendimento de metas coletivas. O governo pode servir a metas diferentes de maneira gradativa e ocasional. De maneira diferente, o juiz dificilmente irá demonstrar independência em relação às demais decisões. Ele normalmente irá buscar uma coerência entre a sua decisão e decisões anteriores³⁰⁵.

A força gravitacional do precedente se dá devido à equidade, em tratar os casos semelhantes da mesma maneira. O precedente não se limita pela forma lingüística que ele contém e sim pela extensão dos seus argumentos de princípio –

³⁰² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 167.

³⁰³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 169.

³⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 171.

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 175.

uma decisão anterior baseada num argumento de política não possui força gravitacional alguma. Isso porque a força de uma meta coletiva está fundamentada em fatos contingentes, numa estratégia legislativa. Não há como afirmar que um governo que “atende a uma meta coletiva de uma certa maneira em determinada ocasião deve atendê-la dessa maneira, ou mesmo atender à mesma meta, sempre que uma oportunidade paralela se apresentar”³⁰⁶.

A despeito de no Brasil, como país de tradição do *civil law*, não existir o conceito – próprio do *common law* – de precedente, podemos afirmar que, apesar de não existir tais casos paradigmáticos que criem uma limitação ao julgamento de um caso semelhante, não se pode afirmar que no nosso sistema não exista uma deferência para com as decisões judiciais análogas anteriores³⁰⁷. Ainda, conforme já colocado no primeiro capítulo, atualmente há um movimento jurisprudencial e doutrinário³⁰⁸ brasileiro em direção ao *common law*, indicado pela inauguração de institutos que pretendem criar uma força gravitacional semelhante aos precedentes no nosso ordenamento, tais quais a súmula vinculante. Desta maneira, é possível afirmar que as decisões anteriores – ainda que não sejam precedentes, nem

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 179.

³⁰⁷ Luiz Guilherme Marinoni afirma a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, se aproximando do sistema do *common law*: “Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a da realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos juízes de ambos os sistemas, apenas o *common law* devota respeito aos precedentes. A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria à *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que a tradição do *civil law* insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança jurídica seria garantida mediante a certeza jurídica advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto que, no *civil law*, foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões. MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 49, jun. 2009, p. 55.

³⁰⁸ Sobre a aproximação dos sistemas do *common law* e do *civil law*, e a possibilidade da aplicação do princípio da integridade na prática brasileira, ver: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica : reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Dissertação de Doutorado – Pós-graduação em Direito, PUC-PR, Curitiba, 2011.

possuam tal força –, como manifestações da história da prática do direito no nosso ordenamento, não devem vincular o juiz a não ser que sejam decisões de princípio.

Entretanto, não basta que a utilização de um precedente análogo ao caso esteja embasado num argumento de princípio. O juiz deve descobrir um conjunto de princípios que se ajustem não só ao precedente específico, mas a todas as outras decisões da sua jurisdição e às disposições constitucionais e legislativas. Isto deve ocorrer, pois apesar do direito não ser uma trama inconsútil, o demandante tem o direito a que o juiz o trate como se assim fosse:

“Mas se a força gravitacional do precedente tem por base a idéia de que a equidade exige a aplicação coerente dos direitos, Hércules deve então descobrir os princípios que se ajustam não apenas ao precedente específico para o qual algum litigante dirige sua atenção, mas para todas as outras decisões no âmbito de sua jurisdição geral e, na verdade, também às leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas a partir de princípios e não a partir de uma determinada política”³⁰⁹.

Essa integração das decisões anteriores com os textos legais não será capaz de impedir que as convicções intelectuais e filosóficas do juiz não apareçam na decisão, porém, isso significa que elas não devem ter nenhuma força independente na justificação³¹⁰.

Ocorre que mesmo um juiz como Hércules pode ser incapaz de encontrar um conjunto de princípios que concilie todas as decisões anteriores e todas as leis existentes, pois os “legisladores e juízes do passado não tinham, todos, a capacidade ou o *insight* de Hércules, nem eram homens e mulheres que compartilhavam as mesmas idéias e opiniões”³¹¹. Hércules deve então “ampliar sua teoria de maneira a incluir a idéia de que a justificação da história institucional pode apresentar uma parte dela como equívoco”³¹².

Deve, portanto, desenvolver uma teoria dos erros institucionais. A teoria deve fazer algumas distinções. Precisa distinguir entre a autoridade específica de

³⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 181.

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 184.

³¹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 186.

³¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 189.

um evento e a sua força gravitacional, de maneira que o erro dirá respeito apenas à força gravitacional e não à sua autoridade específica. Contudo, no momento em que Hércules classificar uma decisão como um erro, ele não poderá se utilizar da sua força gravitacional em outros argumentos, pois está já terá sido negada.

Também deve distinguir entre erros enraizados (aqueles cuja autoridade específica está tão estabelecida que sobrevive à perda da sua força gravitacional) e erros passíveis de correção (aqueles cuja autoridade depende da força gravitacional e assim não pode sobreviver à sua perda).

A lei considerada como erro perderá sua força gravitacional, mas não a sua autoridade específica, não podendo ser revogada. Já se uma decisão judicial for considerada como erro, ela perderá sua força gravitacional, apesar da doutrina estrita preservar a sua autoridade específica, ela se transformará “em destroços de um naufrágio jurídico”³¹³.

Dworkin afirma que a sua teoria dos erros é mais justificada do que qualquer alternativa que não admita erros, ou admita erros diferentes. Isto, pois, com base na eqüidade, e também na integridade, as decisões de um ordenamento vinculam-se à história institucional como um programa político que o governo pretende dar continuidade no futuro. Sendo assim, a eqüidade vincula-se mais às futuras aplicações de uma decisão do que às aplicações passadas. Assim, Hércules deve demonstrar que uma determinada decisão que considere como um erro institucional, apesar de ter apresentado um atrativo anteriormente, já não possui força suficiente para continuar a ter força gravitacional – provavelmente não virá a frutificar como fundamento em novas decisões –, pois o argumento de eqüidade que a sustenta está enfraquecido. Desta forma, se Hércules “puder demonstrar, por meio de argumentos de moralidade política, que este princípio é injusto, a despeito de sua

³¹³ Dworkin exemplifica essa situação: “Se negar força gravitacional da lei da limitação da responsabilidade das companhias aéreas, a lei não se verá assim revogada; o erro está implantado de tal maneira que sua autoridade específica sobrevive. Hércules deve continuar a respeitar as limitações que a lei impõe à responsabilidade, mas não a usará para argumentar em favor de um direito mais fraco em algum outro caso. Se Hércules aceitar alguma doutrina estrita do precedente, e considerar errada alguma decisão judicial, como aquela que nega um direito nos casos de negligência praticada pelos contadores, então, nesse caso, a doutrina estrita poderá preservar a autoridade específica dessa decisão, que pode limitar-se à sua força gravitacional. Ela se transformará, nas palavras do juiz Frankfurter, em destroços de um naufrágio jurídico ou em uma carga jurídica jogada ao mar”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 190.

popularidade, então o argumento de equidade que sustenta o princípio estará invalidado”³¹⁴.

Dessa maneira, em relação a dois princípios aparentemente antagônicos, é necessário que, no caso, um deles deva ser escolhido. Para Dworkin esta escolha deve ser feita porque ele acredita que

“embora cada um dos dois princípios seja atraente, o segundo é mais poderoso em tais circunstâncias. Isso exige que eu declare como equívocos um certo número de decisões judiciais do passado. Mas o número de decisões que devo considerar como equívocos não é nem tão grande nem de importância tão fundamental, visto que a partir da perspectiva da prática jurídica como um todo, que o fato de negligenciá-los não me deixe com uma base sólida para a interpretação mais geral que acabo de descrever”³¹⁵.

Então, pela própria natureza da sua decisão, os juízes deverão sempre se valer de argumentos de princípios. Neste aspecto sua teoria se diferencia do positivismo jurídico, em especial do positivismo de Hart. Para Dworkin, não basta que as decisões judiciais analisem qual regra é aplicada a cada caso, pois os princípios são igualmente normas e devem ser sempre respeitados. Esta importância que Dworkin confere aos princípios irá influenciar na sua teoria da decisão nos casos controversos, vez que, frente a um destes casos, o juiz não terá discricionariedade para decidir da melhor maneira, isto é, criar o direito.

Conforme a sua teoria da resposta certa, toda questão possui uma resposta, devendo ela ser descoberta de maneira coerente (pela escolha do princípio aplicável ao caso). Segundo Dworkin, nos casos controversos o juiz sempre deverá dar uma resposta certa: a melhor possível. O juiz ao decidir o caso controverso, deverá interpretar os argumentos apresentados, levando em consideração não só as regras e os precedentes, mas também os padrões morais da sociedade e os seus próprios.

Para Dworkin a prática judicial deve conceber o direito como cadeia (*the chain of Law*), o qual deve ser analisado em seu passado, presente e futuro, numa interpretação crítico-construtiva, como se fosse uma narrativa, na qual, a cada decisão construída, fosse incorporado um pedaço da história jurídica. Esta concepção do direito como cadeia está inserida na proposta política de Dworkin, de

³¹⁴ DWORKIN, Ronald. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 191.

³¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 322.

coerência da prática judicial com os princípios, visto estes serem também normas, pois atuam como norteadores de comportamento. O juiz ao analisar a questão irá analisar o ordenamento como um todo, incluindo suas expectativas morais e principalmente a expectativa moral da comunidade³¹⁶.

Ressalte-se, entretanto, que por invocar princípios morais Dworkin não pode ser identificado como um representante do pensamento jusnaturalista clássico. Afinal, da sua postura antipositivista não decorre um compromisso jusnaturalista com uma moral objetiva que pressupõe a existência de princípios universais e inalteráveis que devem apenas ser descobertos pela razão humana. Os princípios morais não resultam de um processo 'contemplativo', mas, ao contrário, de um processo 'construtivo'. Com efeito, Dworkin supõe que a argumentação moral constrói historicamente princípios capazes de justificar as instituições da sociedade, em função dos seus próprios conteúdos e de sua força argumentativa.³¹⁷

Segundo Dworkin, o direito se constitui por normas, das quais se destacam os princípios. Para o autor, diferentemente do positivismo jurídico de Hart, o direito não pode ser reduzido a regras, pois estas não encerram o debate sobre a efetivação do direito, apenas a iniciam, já que, por seu caráter geral e abstrato, elas não conseguiriam regular a sua própria aplicação.

Conforme vimos na teoria de Günther, e igualmente na teoria de Dworkin, o aplicador do direito possui uma função distinta do legislador, na medida em que irá promover a concretude das regras, analisando-as frente ao caso real. Dessa maneira, os discursos de aplicação não são “mera renovação dos discursos de fundamentação. Ao contrário, caracterizam-se por um exame da sua adequação diante das circunstâncias do caso concreto”³¹⁸.

Dworkin adota um sistema aberto de regras, desta maneira, o direito permitiria a possibilidade de criticá-lo internamente, pois os direitos morais sairiam do seu exílio como *backgroundrights* e passariam a influenciar a interpretação das regras, inclusive para a solução dos casos difíceis³¹⁹.

³¹⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. Verbete: DWORKIN, Ronald. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*, p. 261.

³¹⁷ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, 3ª ed, p. 187.

³¹⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

³¹⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995, p. 86.

Assim, o juiz não precisaria criar um direito para decidir um caso difícil, ele poderia alcançar a *resposta certa* para o caso³²⁰, de maneira que a sua resposta seja a mais coerente com os princípios constitucionais, o que afirma sua característica institucional e não de *backgroundrights*³²¹.

Dessa maneira, Dworkin esclarece que os juízes não podem se esquivar de tomar decisões para as quais não exista uma regra clara, mas as suas decisões não podem ser arbitrárias, isto é, elas não podem ser tomadas sem um fundamento previsto pelo ordenamento, especialmente se este fundamento for um argumento de política. Este só seria admitido para fundamentar as decisões dos órgãos legitimados democraticamente (não vitalícios e responsáveis perante a coletividade por seus atos). Para se tornar legítima, a decisão deverá ser fundamentada num argumento de princípio.

Nesse sentido, a teoria de Dworkin é complementar à teoria de Günther, que analisamos anteriormente. Ao distinguir os discursos de justificação dos discursos de aplicação, Günther provê a fundamentação da teoria de Dworkin das decisões judiciais.

Para Dworkin, uma decisão judicial deve sempre se fundamentar num argumento de princípio, e nunca num argumento de política para não ultrapassar a sua competência e ferir os ideais democráticos. Apesar dos juízes não serem meros delegados do Poder Legislativo, a sua atuação não deve ir além dos limites de um órgão que não foi eleito pelo povo para atuar como seu representante. Sua atuação é contramajoritária e por isto deve agir dentro dos limites dos princípios estabelecidos pela comunidade de princípios.

Apesar da distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política ser importante para delimitar o papel do Judiciário de garantidor dos direitos individuais e co-criador do direito, a sua função se distingue das funções do Legislativo e do Executivo por um motivo ainda mais profundo. A atividade do Judiciário possui uma racionalidade prática diferente da atividade dos órgãos eleitos majoritariamente. Nesta oportunidade, a teoria da argumentação de Klaus Günther

³²⁰ CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico – ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: Leonel Severo Rocha (Org.) *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997, p. 173.

³²¹ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995, p. 81.

complementa a teoria de Dworkin, pois demonstra que há uma diferença estrutural entre ambas as atividades.

Para Günther, os discursos de aplicação são distintos dos discursos de justificação. No plano da validade de uma norma, a norma é justificada de acordo com os interesses gerais dos destinatários da norma. Neste plano não é possível verificar todas as situações em que a norma a ser justificada será aplicada, por isto, é necessária a existência de um plano de adequação, que irá aplicar as normas de maneira coerente. A racionalidade na aplicação se difere da justificação, pois enquanto nesta são analisadas apenas as situações previsíveis de acordo com os interesses comuns, naquela é analisada uma determinada situação com todas as suas características de maneira coerente com o sistema.

Enquanto Günther explora a coerência das decisões de aplicação, de maneira similar, Dworkin explora a sua integridade. Para ambos, as decisões de aplicação devem se fundamentar na coerência ou na integridade do ordenamento jurídico, de modo que o juiz alcance a melhor decisão para uma determinada situação. A melhor decisão será aquela orientada por princípios e nunca por políticas, respeitando, assim, a racionalidade de uma decisão de aplicação.

III. A APLICAÇÃO DO DIREITO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O CASO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Os capítulos que antecederam este final sublinharam o problema da aplicação e o momento da aplicação desde o ponto de vista da sua fundamentação. Sobretudo com base nos argumentos de Dworkin e Günther, construídos e reconstruídos a partir de diálogos e debates com outros autores – alguns deles aqui contemplados – chegamos à conclusão de que a aplicação do direito é, ao mesmo tempo, complexa, difícil, desafiadora, porém, inevitável. Decidir é a tarefa inescapável que marca indelevelmente a prática do direito. Daí a aplicação implicar em uma fundamentação que, de fato, “fundamente” – ou seja, ofereça razões – e, também, em uma prática comprometida com os direitos.

Com essa premissa e à guisa de conclusão, ao que chamamos de “a aplicação do direito no STF”, analisaremos a decisão sobre a união homoafetiva, recentemente julgada pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a relacionar a fundamentação discutida nos capítulos anteriores com a nossa prática judicial. Para tanto faremos um resumo do caso e do voto do relator, o Ministro Carlos Ayres Britto e, em seguida, uma análise do mesmo. Assim, fechamos o presente trabalho de dissertação, sem, no entanto, ter a pretensão de esgotar a discussão sobre o tema da aplicação do direito. Neste sentido, a análise do caso difícil relativo à união homoafetiva, enfrentado pela nossa Corte Suprema, oferece uma conclusão ou fechamento provisório a esta pesquisa. Ainda que as razões oferecidas pelo Ministro relator, conforme veremos, não tenham sido as melhores e, considerando que não temos ainda uma prática judicial que gere precedentes no sentido próprio do *common law*, a decisão tal qual foi proferida oferece uma resposta, mas, como esta conclusão, deve ser considerada provisória. Assim, esperamos que futuras decisões do Supremo Tribunal Federal possam, a partir desta, com melhores argumentos legitimar a sua prática na defesa e proteção dos direitos fundamentais.

III.1. Resumo do caso e voto do relator

Após muitos anos de polêmica e manifestações fervorosas contra e a favor, em 2011 a questão da união homoafetiva finalmente foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, quando foram julgadas, de maneira conjugada, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ (posteriormente convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação aos incisos II e V do art. 19 e ao art. 33 do Dec-lei 220/75 e ao art. 1.723 do Código Civil) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF³²².

³²² “1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODÓXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou

A ADPF nº 132 foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, alegando o descumprimento:

“I - da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V do art. 19 e aos incisos I a X do art. 33, todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual.

II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas

continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011).

estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como ‘heterossexual’³²³.

A ação proposta elencou como causa de pedir os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da razoabilidade.

No que tange às informações prestadas, os Tribunais de Justiça do Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná se mostraram a favor da equiparação entre a união estável heterossexual e a união homoafetiva; enquanto os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Santa Catarina se mostraram desfavoráveis. A Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro manifestou o vigor com que a Lei Estadual 5.034/2007 é aplicada em prol da igualdade de benefícios previdenciários dos servidores públicos em união homoafetiva do Estado. Também favorável foi o parecer da Procuradoria-Geral da República e a Advocacia Geral da República, que pugnaram pela equiparação entre a união estável heterossexual e a união homoafetiva.

Por sua vez, a ADIN nº 4.277 foi proposta pela Procuradoria Geral da República com o objetivo de declarar:

“a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”³²⁴.

A ação foi proposta sob o fundamento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica.

Ambas as ações contaram com o deferimento de grande quantidade de *amicus curiae*, dentre eles: Associação de Incentivo à Educação e a Saúde do Estado de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Conectas Direitos Humanos, Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais, Grupo Gay da Bahia, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS),

³²³ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 616-617.

³²⁴ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 623-624.

Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual (GAI), Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e Associação Eduardo Banks.

O julgamento conjugado da ADPF nº 132 e da ADIN nº 4.277 foi decidido por unanimidade, pela procedência das ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O Ministro Ayres Britto, relator, em sua decisão, apresentou diversos motivos para a procedência da ação e a conseqüente interpretação conforme a Constituição do art. 1.723³²⁵ do Código Civil, para

“dele extrair qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroaferiva”³²⁶.

Primeiramente, o Ministro relator afirma que o sexo das pessoas não pode ser levado em consideração para favorecer a desigualdade entre elas. Isto porque a promoção do bem de todos é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, sendo proibida a discriminação pelo sexo, conforme o art. 3º, inciso IV, da Constituição. Segundo o Ministro, esta promoção do bem de todos deve ser viabilizada por meio da “adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral”. Assim, o combate ao preconceito seria vital para a “plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural”³²⁷, previsto como fundamento do Estado Democrático de Direito, no art. 1º, inciso V, da Constituição Pátria.

Para Ayres Britto, a Constituição não se manifesta de maneira a determinar o tipo de envolvimento sexual que considere legal:

³²⁵ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável”

³²⁶ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 656.

³²⁷ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 632.

“em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio, que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual ‘tudo o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’³²⁸ .

Assim, a Constituição teria silenciado quanto ao desempenho das funções sexuais para garantir o livre arbítrio de cada um. A proibição da discriminação em razão do sexo aparece como proteção à dimensão sexual dos indivíduos, a qual configura um verdadeiro bem de personalidade. A orientação sexual, por sua posição de direito fundamental e de bem de personalidade, corresponde à emanção do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição), pois “se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente”³²⁹ .

Para o Ministro, como a Constituição não determinou o concreto uso da sexualidade humana, esta fica a cargo da autonomia da vontade. A liberdade humana para se concretizar precisa do direito à intimidade e do direito à privacidade. Neste sentido, a prática da sexualidade necessita desse encaixe com a intimidade e a privacidade. A igualdade também deve ser respeitada, na medida em que “todos são iguais em razão da espécie humana de que fazem parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade”³³⁰ .

Ayres Britto acredita que os parceiros homoafetivos estáveis devem ter a mesma proteção que os parceiros heteroafetivos estáveis, por honra ao princípio da igualdade e da não discriminação. Desta maneira, a família constitui-se como “lôcus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo ‘inviolável do indivíduo’³³¹ (inciso XI, do art. 5º). A

³²⁸ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 634.

³²⁹ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 638.

³³⁰ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 643.

³³¹ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 646.

família é a “base da sociedade” e “tem especial proteção do Estado” (Art. 226, *caput*). Desta forma, todas as demais normas referentes a ela devem ser analisadas conforme esta importância que a Constituição lhe garante. A família é, por natureza, amorosa, parental, protetora dos seus membros e estável, tais características a credenciam como base da sociedade, pois também ela deseja ser estável, afetiva e solidária. Assim, a família que deve servir de “norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra”³³² e não o inverso.

A família a que se refere a Constituição é assimilada em seu sentido coloquial e não ortodoxo, visto a sua ligação com o mundo do ser ao não fazer distinções entre as formalmente constituídas e as de fato. Deste modo, “interpretando por forma não reducionista o conceito de família”, Ayres Britto acredita que o “STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico”³³³.

Quanto à expressão contida no §3º, art. 226, da união estável entre “o homem e a mulher”, para o Ministro, tal referência a gêneros significa uma proteção especial à mulher em relação estável não formalizada, visto que tal tipo de união tornava a mulher desprestigiada por não possuir uma união de “papel passado”. A dualidade entre o homem e a mulher, constante na Constituição, surge para garantir relações jurídicas horizontais, sem hierarquias entre os companheiros, não se relacionando com a dicotomia entre a homossexualidade e a heterossexualidade. Este pensamento é corroborado pela ausência de disposição no mesmo sentido quanto ao casamento civil.

Com base nesses fundamentos, o Ministro relator conclui pela interpretação conforme a constituição do art. 1.723 do Código Civil, para garantir a igualdade entre a união homoafetiva e a união heteroafetiva³³⁴.

³³² ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 647.

³³³ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 649.

³³⁴ Com base nesta decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir sobre a possibilidade do casamento homossexual, considerou que, uma vez igualada a união homoafetiva à união heteroafetiva em Ação Direta de Inconstitucionalidade, a equiparação também deveria se realizar no plano do casamento civil. No Recurso Especial nº 1.183.378 – RS, o Ministro

III.2. Análise do voto do relator

Nas decisões judiciais colegiadas brasileiras, normalmente “a estratégia é invocar tantas autoridades quantas possíveis para sustentar a opinião do juiz, considerado sempre como indivíduo e não como voz de uma instituição dotada de uma racionalidade própria”³³⁵. O tribunal dificilmente age como o órgão colegiado que deveria ser, pois normalmente as decisões são meras agregações de opiniões derivadas de uma votação por maioria ao invés de se construir uma verdadeira decisão coletiva³³⁶. A fundamentação de uma decisão, mesmo dentro de um mesmo

Relator Luis Felipe Salomão, afirma que a Constituição de 1988 inaugurou uma proteção especial à família, independente da forma em que seja constituída, privilegiando o pluralismo familiar. Uma vez que a Constituição expressamente ordena a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, §3º) e que o vínculo que dá maior segurança à família é o do casamento civil, feriria a igualdade a não proteção de famílias homoafetivas neste sentido. Na visão do Ministro Relator, a democracia não é apenas o governo da maioria, sendo o poder Judiciário legítimo para proteger os direitos das minorias: *“Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode ‘democraticamente’ decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais”*. (STJ, Resp nº 1.183.378 – RS, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, j. em 25.10.2011)

³³⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *“Sobre a qualidade da jurisdição: Fundamentação das sentenças, justiça opinativa e luta pela justificação no direito brasileiro contemporâneo”*. Paper apresentado em palestra no Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná (03.11.11), p. 3.

³³⁶ Por exemplo, o Ministro Ricardo Lewandowski, apesar de votar de maneira a garantir os direitos dos casais homossexuais, apenas o faz por considerar que exista uma lacuna constitucional sobre o tema, sendo necessária a criação de uma analogia entre as uniões homoafetivas e as uniões heteroafetivas. Segundo o Ministro, embora a Constituição seja taxativa ao determinar que união estável seria aquela formada por pessoas de sexos diferentes, a união homoafetiva poderia ser protegida como entidade familiar. Entretanto, o Ministro ressalta que essa proteção é provisória, enquanto o Legislativo não dispuser contrário a tal equiparação: *“Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional. O que se pretende ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo”*. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011,

voto, por vezes é fragmentada em diversas idéias para dar uma falsa sensação de decisão grandemente fundamentada por inúmeras razões e com respaldo de inúmeros autores.

Assim, nota-se que, muito aquém da exigência de uma integridade no direito, proposta por Dworkin, a jurisprudência brasileira não possui nem mesmo uma coerência dentro de uma mesma decisão colegiada, ou pior, dentro de um mesmo voto.

Não estamos aqui tentando mostrar um modelo de decisões judiciais que seja dotado de autoridade pelo qual seria possível acusar a prática jurisprudencial brasileira como “errada”. O que ocorre é que a partir da promulgação da Constituição de 1988, a visão da jurisprudência tem se alterado no Brasil. A redemocratização trouxe reivindicações por direitos individuais e sociais³³⁷ até então desprestigiados e as teorias de Dworkin e Alexy se tornaram atrativas por trazerem um novo tipo de racionalidade para o direito – conforme já anteriormente discutido - e chamaram a atenção para a centralidade dos princípios, sobretudo na

publicado em 14.10.2011, p. 718. Nota-se que tal fundamentação é muito distinta da fundamentação do Ministro Relator, segundo o próprio Ministro: *“Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação. Mas Vossa Excelência disse bem, são fundamentos diferentes”*. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 746.

³³⁷ O papel no pós-guerra da expansão dos direitos humanos e a proliferação de leis internacionais garantidoras desses direitos também foram responsáveis por uma judicialização de demandas antes impensadas de serem postas perante as cortes: *“Coaduna com essa proliferação de leis, a existência de novos produtores do direito, especialmente no âmbito internacional: tratados de direito internacional e de direitos humanos acabam por gerar efeitos internos, tendo que haver produção de novos textos por partes dos países signatários para aplicação interna desses tratados. Nessa dimensão, verifica-se uma demanda de direito cada vez maior: para garantir a identidade e estabilidade social, ao mesmo tempo em que se aumentam as pressões dos movimentos sociais que acabam por utilizar o Judiciário como terreno de luta social. Nesse viés, o Judiciário acaba ‘encarnando um espaço público neutro, no seio do qual todo cidadão teria a possibilidade de fazer valer os seus direitos e interpelar os governantes’ a justiça constituiria, deste modo, um novo Fórum de deliberação política, senão o ‘novo palco da democracia’.* O juiz assume, então, o papel de manter os equilíbrios sociais, ponderando os interesses e definindo soluções aceitáveis socialmente. O crescimento da importância dos Tribunais se deu não só no sentido quantitativo, mas também no sentido de que cada vez mais estes se manifestam sobre questões políticas centrais para a sociedade, redesenhando os próprios papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.” BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica : reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese de Doutorado – Pós-graduação em Direito, PUC-PR, Curitiba, 2011, p. 76.

fundamentação de decisões judiciais acerca de direitos fundamentais³³⁸. A busca por modelos racionais para suplantar a irracionalidade das decisões baseadas em autoridade tem sido um motor principalmente entre teóricos do direito e constitucionalistas, conforme se lê nos autores trazidos nesta dissertação.

A necessidade da superação dos argumentos de autoridade por parte da jurisprudência brasileira vem da necessidade, especialmente, de responsabilização pelas decisões. O juiz não deve produzir apenas uma decisão com base em leis demonstráveis. Ele deve construir a melhor decisão para o caso com base em razões de aplicação fundamentadas na integridade do sistema.

Apesar da decisão do Ministro relator no caso da união homoafetiva não estar centrada em argumentos de autoridade (a decisão se preocupa em construir uma fundamentação racional) – diferentemente de alguns votos do acórdão, tais quais os do Ministro Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que apresentam vários argumentos de autoridade na tentativa de fundamentar as suas decisões –, ela é fragmentada em sua fundamentação, não apresentando uma razão que efetivamente ordene a preservação de um direito das minorias no caso específico, sob o ponto de vista de uma lógica discursiva. Ayres Britto coloca como fundamentos os princípios constitucionais da igualdade (e o princípio análogo da não discriminação), da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da proteção especial à família.

Em nossa perspectiva, com base nos pensamentos de Dworkin e Günther, o voto do Ministro relator carece de uma única racionalidade. A ela falta o ônus argumentativo de fornecer a melhor resposta para o caso, com base numa perspectiva do direito como integridade.

A equiparação de tratamento jurídico da união homoafetiva à união heteroafetiva é a de absoluta exigência do princípio de igual consideração e respeito. Neste caso, a igualdade exige que os modos de vida de cada indivíduo

³³⁸ José Rodrigo Rodriguez acredita que *“estamos assistindo a uma reação a este modo de agir e pensar, fundado na mera invocação de autoridades, ao menos desde a promulgação da Constituição de 1988. A partir deste momento, com o processo de redemocratização do país, seguiu-se um intenso processo de reivindicação de direitos pela sociedade perante o poder judiciário com o fim de tornar efetivas as normas constitucionais. A assim chamada ‘constituição cidadã’, que nasceu de um intenso debate na sociedade civil com ampla participação popular em sua confecção, tornou-se referência necessária para a luta dos diversos movimentos sociais”*. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *“Sobre a qualidade da jurisdição: Fundamentação das sentenças, justiça opinativa e luta pela justificação no direito brasileiro contemporâneo”*. Paper apresentado em palestra no Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná (03.11.11), p. 30.

sejam respeitados pelo Estado, independentemente da opção sexual de cada um. Nosso sistema jurídico vem caminhando para uma ampliação da igualdade, que aparece na sociedade como um crescente respeito pelo modo de vida da comunidade homossexual. A lógica argumentativa da igualdade é coercitiva, a melhor resposta que atende a integridade do direito é a preservação do direito à igualdade.

Entretanto, em seu voto, o Ministro relator, apesar de se fundamentar em princípios, acaba por dispersar o seu raciocínio ao tentar colocar o máximo de princípios coerentes com o caso em tela, sem elencar o motivo determinante para a sua decisão. Assim, sua decisão, apesar de, em nossa opinião, ser correta, acaba se tornando fraca do ponto de vista da fundamentação, pois não coloca o princípio que impõe a sua aplicação. O Ministro coloca a igualdade como um dos fundamentos da sua decisão:

“O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados”³³⁹.

Não obstante, ele igualmente coloca como fundamentos: o princípio constitucional de proteção especial à família³⁴⁰, o princípio da dignidade da pessoa humana³⁴¹ e o princípio da autonomia da vontade³⁴², que, apesar de serem

³³⁹ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 643.

³⁴⁰ “De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (‘textos normativos’, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas”. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 644.

³⁴¹ “Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’ (inciso III, do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal”. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 638.

³⁴² “Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação

aplicáveis ao caso, não constituem os motivos determinantes para a decisão, pois não constituem o fundamento para a melhor resposta possível, de acordo com a integridade.

Ademais, em seu voto, Ayres Britto demonstra contradições argumentativas. Em sua discussão com o Ministro Ricardo Lewandowski, Ayres Britto afirma que no caso da união homoafetiva não via uma lacuna constitucional a ser preenchida pelo Judiciário na ausência do Legislativo. Isso porque Ayres Britto teria dado à Constituição uma “interpretação superadora da literalidade”³⁴³. Apesar de indicar que a Constituição não é meramente texto e que há necessidade de se respeitar o “fundamental atributo da coerência”³⁴⁴ da Constituição – aceitando uma perspectiva hermenêutica e pós-positivista –, o Ministro, em várias passagens, se refere ao “Magno Texto”, em expressa referência ao positivismo kelseniano.

O relator admite que a proteção a um direito de liberdade sexual do ser humano pode ser protegido enquanto tal, apenas porque há um silêncio constitucional sobre a questão. Assim, uma “enunciação igualmente constitucional em sentido diverso”³⁴⁵ poderia impedir a sua proteção. Não sendo nosso objetivo entrar numa questão sobre a inconstitucionalidade de uma norma constitucional hipotética, este cuidado em demonstrar que há um silêncio constitucional sobre o caso demonstra que, para Ayres Britto, o texto constitucional é valorizado em sua literalidade, pois uma disposição constitucional preconceituosa contra a liberdade sexual dos homossexuais seria capaz de impedir o direito à igualdade dessa minoria, ainda que houvesse determinação constitucional no sentido de tratar a todos com igualdade.

Essa extrema preocupação com o texto constitucional coloca a questão da sexualidade humana sob um ponto de vista positivista, no qual o Direito é considerado um sistema fechado e limitador. Por isto, mesmo procurando

jurídica ativa”. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 639.

³⁴³ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 746.

³⁴⁴ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 649.

³⁴⁵ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 639.

fundamentar sua decisão em argumentos principiológicos, o Ministro ainda compreende o direito como um sistema fechado de regras:

“Ora por efeito de uma ‘norma geral positiva’ (Hans Kelsen), ora por efeito de uma ‘norma geral negativa’ (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas”³⁴⁶.

Conforme vimos na análise da teoria de Klaus Günther, a decisão judicial, nos casos de aplicação do direito, possui uma lógica própria e distinta das decisões legislativas e executivas. A aplicação do direito deve corrigir a indeterminação do direito num caso específico. Desta maneira, por meio de uma aplicação imparcial e adequada, é possível realizar o ideal do princípio de universalização, pois ainda que a norma geral e abstrata não possa considerar todas as situações de aplicação – pela limitação de tempo e conhecimento – no momento da aplicação pode-se pretender conhecer todos os sinais relevantes de um caso específico delimitado no tempo e no espaço.

Assim, enquanto as normas, no plano de validade, são justificadas de acordo com os interesses gerais dos destinatários das normas, no plano da aplicação são analisados todos os princípios e situações relevantes para se extrair a melhor decisão para o caso. Dworkin tangencia essa questão ao separar as decisões fundamentadas em princípios das decisões fundamentadas em políticas. Para o autor, apenas as decisões embasadas em princípios seriam adequadas ao Judiciário, de maneira a não ferir os ideais democráticos, pois estas se fundamentariam num direito moral que Estado Democrático de Direito está comprometido a proteger. Já as decisões de política objetivariam um interesse coletivo, sobre os quais os juízes não são legitimados a decidir, pois uma decisão sobre o que seria melhor para a sociedade como um todo só pode ser decidida por ela mesma ou por seus representantes democraticamente eleitos³⁴⁷.

³⁴⁶ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, publicado em 14.10.2011, p. 634.

³⁴⁷ Como exemplo de decisão política na jurisprudência brasileira, podemos citar a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, na qual a Ministra Ellen Gracie negou o pedido de medicamentos de um indivíduo, contra o Estado, capazes de salvar a sua vida, por conta de um argumento político: “*Em sua decisão, a Ministra ignora o direito individual ao medicamento, não protegendo o direito à vida e à saúde no caso, para adotar um argumento político. Filiando-se a um pragmatismo jurídico – segundo o qual os cidadãos não possuem direitos e assim os juízes devem*

Dworkin coloca o Judiciário em posição de grande importância para a eficácia dos direitos. Ao afirmar que a constante criação de regras gerais e abstratas pelo Legislativo e Executivo não é responsável pela solução da questão da efetividade do direito – mas tão apenas o início desse processo de efetivação, Dworkin mostra que o Judiciário não pode atuar como mero delegado do Legislativo, pois a ele cabe a função de fazer a transposição do abstrato para o concreto, fazendo com que a regra abstrata seja aplicada de maneira individualizada³⁴⁸.

Assim, a união das teorias de Dworkin e Günther seria capaz de promover uma efetivação de direitos morais sem cair num ativismo tosco, comum nos tribunais, que vê o juiz como um paladino da justiça, podendo impor a sua moralidade pessoal em questões que só podem ser decididas por representantes do povo.

Nesse sentido, o voto do Ministro relator se manteve dentro da lógica de uma decisão de aplicação, pois fundamentou seu voto em argumentos de princípio, que verificavam a adequação dos dispositivos do Código Civil impugnados com os princípios constitucionais e direitos individuais. Desta forma, a equiparação da união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva não foi fundamentada no que seria melhor para a sociedade, mas na necessidade de proteção de direitos fundamentais.

Contudo, Ayres Brito não fundamenta seu voto num direito que obrigasse o tribunal a dar somente aquela resposta, ou, de outra maneira, segundo o qual o tribunal estaria obrigado a proteger esse direito sob pena do Estado Democrático de Direito carecer de legitimidade por não garantir direitos aos seus cidadãos³⁴⁹.

De acordo com a concepção dworkiniana do direito como integridade, os juízes devem entender o direito de acordo com a “comunidade personificada”, ou

decidir da maneira a melhor atender os interesses da coletividade – a Ministra decide que ‘a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas’ (STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007). Dessa maneira, o direito individual poderia ser sacrificado para atender a um interesse coletivo”. CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. *Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91*. Revista Direito GV, São Paulo, 5(1), jan./jun. 2009, p. 62.

³⁴⁸ CARVALHO, Jaqueline Grossi Fernandes. Entrevista com Menelick de Carvalho Netto. *Revista do Tribunal de Contas – MG*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas/MG, v. 65, n. 4, out/dez. 2007, p.10.

³⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 230.

seja, o direito deve ser pensado como sendo proveniente de um único autor, de maneira que a sua prática contemporânea seja coerente com o passado e com o futuro. Neste sentido, o direito como integridade se distancia das concepções pragmatistas e positivistas, pois não vê o direito com foco nem apenas no passado, nem apenas no futuro, mas sim numa perspectiva íntegra. Assim, o direito não é estático, ele é essencialmente dinâmico e deve sempre ser interpretado de acordo com a sua história institucional.

Por ser essencialmente interpretativo, o direito como integridade sempre espera que o juiz, ao decidir, realize uma re-interpretação de todo o direito e não meramente de uma parte dele. Dworkin cria Hércules para demonstrar como esse processo poderia ser realizado. Entretanto, esse juiz “super-poderoso” só seria necessário metodologicamente, pois na prática o juiz faria isto de maneira automática e semi-intuitiva, com base na sua experiência e na sua própria convicção política do que seja o direito. Portanto, o juiz constrói durante toda a sua carreira o que Hércules procura construir de maneira metodológica num único caso.

Essa visão dinâmica do direito exige que se considere a Constituição como uma “constituição viva”³⁵⁰, pois ela deve ser capaz de se manter atualizada com a moral social e os direitos individuais que forem impostos por ela. Não obstante, é necessário que essa constituição seja segura, não podendo ser alterada por qualquer opinião particular sobre como ela deveria ser.

Levando-se em conta que as emendas constitucionais não são suficientes para garantir a dinâmica da constituição³⁵¹ (apesar de se proliferarem no sistema constitucional brasileiros) e que um texto escrito é sempre fonte de complexidade (ao ser necessário interpretá-lo e aplicá-lo), cabe ao Judiciário parte da tarefa de manter a constituição viva. Nesta tarefa, a não desnaturação da Constituição se dará pela aplicação do princípio da integridade, o qual exige que as decisões judiciais

³⁵⁰ Conforme Strauss, “A ‘living constitution’ is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended”. No entanto, nossa compreensão é mais radical, ou seja, a constituição é viva porque opõe e complementa forma e matéria na significação de uma comunidade de pessoas. Ver STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 01 e CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39.

³⁵¹ STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 2.

sejam íntegras com todo o ordenamento jurídico, com respeito especial ao passado e aos objetivos futuros impostos pela Constituição³⁵².

Um determinado momento histórico não pode ser capaz de congelar o significado da Constituição. Os direitos morais que os cidadãos possuem contra o Estado não podem ser estagnados em um determinado período. A comunidade personificada exige que se interprete o direito de maneira dinâmica e íntegra. Neste sentido, a jurisprudência brasileira já coleciona algumas decisões³⁵³ que demonstram a alteração do paradigma homem/mulher nas uniões estáveis. Estas decisões refletem as demandas da sociedade brasileira e a tensão normativa necessária para discernir as legítimas pretensões acerca da igualdade. Vale dizer, a jurisprudência ampliou a noção de igualdade para amparar a igualdade de preferência sexual. Assim, o significado de “união estável” não pode ser congelado no momento em que foi criada a norma que a regulamentava. A aplicação do direito

³⁵² Nesse sentido, David A. Strauss fala sobre como é possível garantir a segurança da constituição e ao mesmo tempo, mantê-la viva, no direito norte-americano, por meio do common law: *“Our constitutional system, without our fully realizing it, has tapped into an ancient source of law, one that antedates the Constitution itself by several centuries. That ancient kind of law is the common law. The common law is a system built not on an authoritative, foundational, quasi-sacred text like the Constitution. Rather, the common law is built out of precedents and traditions that accumulate over time. Those precedents allow room for adaptation and change, but only within certain limits and only in ways that are rooted in the past. Our constitutional system – I’ll maintain – has become a common law system, one in which precedent and past practices are, in their own way, as important as the written U.S. Constitution itself. A common law constitution is a ‘living’ constitution, but is also one that can protect fundamental principles against transient public opinion. And it is not one that judges (or anyone else) can simply manipulate to fit their own ideas.”* STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 3.

³⁵³ “PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. - Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. - A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. - Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta”. (STJ, RESP nº 238715, Min. Rel. Humberto Gomes de Barros, Órgão julgador: Terceira Turma, DJ.02.10.2006). Esse entendimento já vinha prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Regionais. Ver: TRF1, AC nº 932520064013900AC, Rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, Órgão julgador: Segunda Turma, e-DJF1 26.05.2011; TRF2, AC nº 200951010298084, Rel. Desembargador Federal Reis Friede, Órgão julgador: Sétima Turma Especializada, E-DJF2R 25.05.2011; TRF3, AC nº 200361100035725, Rel. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Órgão julgador: Primeira Turma, DJF3 08.07.2011; TRF4, REOAC nº 200670000197675, Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, Órgão julgador: Terceira Turma, D.E. 29.04.2009; TRF5, AC. nº 200384000035431, Rel. Desembargador Federal Paulo Gadelha, Órgão julgador: Segunda Turma, DJE 15.04.2010.

deve analisar todas as circunstâncias que não puderam ser previstas no momento da elaboração da norma por conta da limitação de tempo e conhecimento humanos.

Para Dworkin, a legitimidade de um governo depende do igual respeito e consideração com que trate todos os cidadãos, respeitando todos os modos de vida. É neste contexto que deve ser analisado o instituto da união estável homoafetiva. Neste caso, o governo brasileiro estaria tratando todos os cidadãos com igual respeito e consideração? Acreditamos que a resposta a essa pergunta seja negativa, pois todos os cidadãos possuem o direito à igualdade e este direito deve sempre ser protegido pelo Judiciário.

Diante dos direitos fundamentais e da (in)certeza do direito, conforme Carvalho Netto e Scotti³⁵⁴, restamos, todavia, otimistas (ou sem perder a ternura) em relação às respostas que podem ser dadas pelo direito e pela jurisdição constitucional. Tal otimismo e esperança (sempre a última que morre) decorrem do atual estado da discussão na teoria constitucional, considerada aqui na sua necessária interface com a teoria do direito, tanto nos Estados Unidos, com Dworkin, na Alemanha, com Habermas e Günther, e no Brasil, com Carvalho Netto, Souza Cruz entre tantos outros.

Esse trabalho de dissertação não tem a pretensão de esgotar a discussão sobre a aplicação do direito. Seu objetivo é mais modesto, porém não menos crítico e propositivo: ele se propõe a discutir as teorias de Dworkin e Günther, que fornecem uma base sólida para a fundamentação das decisões judiciais, exigindo o necessário respeito aos direitos fundamentais, sem, porém, cair num ativismo jurisdicional irresponsável e negligente quanto aos limites que o momento da aplicação do direito exige. Por fim, a partir da discussão teórica com base nos autores citados, analisar um caso emblemático e recente da prática judicial brasileira.

³⁵⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica : reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Dissertação de Doutorado – Pós-graduação em Direito, PUC-PR, Curitiba, 2011.
- BURLEY, Justine (Org). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Padstow: Blackwell, 2005.
- CALABRESI, Guido. *A common law for the age of statutes*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CARVALHO, Jaqueline Grossi Fernandes. Entrevista com Menelick de Carvalho Netto. *Revista do Tribunal de Contas – MG*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas/MG, v. 65, n. 4, out/dez. 2007.
- CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. *Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91*. Revista Direito GV, São Paulo, 5(1), jan./jun. 2009.
- CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995.

- _____. A dimensão jurídico – ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.
- _____. *A Constituição brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 6, 2008.
- _____. *Before the law: philosophie and literature*. Michigan: Proquest, UMI, 2006.
- _____. Verbete: Dworkin, Ronald. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.
- DUTRA, Delamar José Volpato. *Manual de filosofia do direito*. Caxias do Sul: EducS, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 109.
- _____. *A Justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap, 2011.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Freedom's Law: the moral reading of the american constitution*. New York: Oxford University Press, 2005.

_____. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2. (Spring, 1996), pp. 87 - 139.

GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O direito entre poder e ordenamento*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. São Paulo: Del Rey, 2010.

_____. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUEST, Stephen. Two strands in Hart's theory of law. In: Stephen Guest (Org.). *Positivism Today*. England: Dartmouth, 1996.

_____. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

_____. *Un concepto normative de coherencia para uma teoria de la argumentación jurídica*. Paper ampliado e revisado de uma conferência pronunciada pelo autor no Simposio “The Legitimacy of Law”, celebrado em Murikka-Institut, p. 280.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, V. I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Justification and application: remarks on discourse ethics*. Cambridge: MIT Press, 1994.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução: Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005.

KOZICKI, KÁTIA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. V. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 49, jun. 2009, pp. 11 – 58.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios*. Revista Direito GV, São Paulo, v.2, nº.1, jan./jun. 2006, p. 247.

MICHELMAN, Frank I. *Excerpts from Brennan and democracy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London: Verso, 2000.

_____. *O regresso do político*. Tradução: Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa S.A., 1997.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Sobre a qualidade da jurisdição: Fundamentação das sentenças, justiça opinativa e luta pela justificação no direito brasileiro contemporâneo*, p. 3. Paper apresentado em palestra do Núcleo de

Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná (03.11.11).

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Coleção Os pensadores, V. XXIV, São Paulo: Abril, 1973.

STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.